

Die polizeiliche Generalermächtigung

Ein Vergleich mit dem System der Spezialdelegation,
dargestellt am Beispiel der Bundesländer
Schleswig-Holstein und Bayern

Inaugural - Dissertation

des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Siegfried Schulze
aus Görlitz/Schlesien

Die polizeiliche Generalermächtigung

Ein Vergleich mit dem System der Spezialdelegation,
dargestellt am Beispiel der Bundesländer
Schleswig-Holstein und Bayern

Inaugural - Dissertation

des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

Siegfried Schulze

aus Görlitz/Schlesien

Die politische Generalermächtigung

Ein Vergleich mit dem System der Sonderdelegation
dargestellt am Beispiel der Bundesländer
Schleswig-Holstein und Bayern

Inhaltsverzeichnis

Das deutsche Parteiensystem
die Partei der Arbeiter in Bayern
Literaturverzeichnis



Verlegt von

Deutscher Schulverlag

Referent: Professor Dr. Alfred Voigt

Tag der mündlichen Prüfung: 24. 7. 1975

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1 Einleitung:	1
Gegenstand und Gang der Untersuchung	
<u>Erster Abschnitt: Begriffsbestimmungen</u>	5
§ 2 Die Notwendigkeit von Begriffsbestimmungen	5
§ 3 Die einzelnen Begriffe	7
A. Der Begriff "Polizei"	7
I. Der materielle Polizeibegriff	7
II. Der formelle Polizeibegriff	8
(1) Der institutionelle Polizeibegriff	8
(2) Die sog. Entpolizeilichung	8
III. Die Abgrenzung des materiellen Polizeibegriffs vom formellen Polizeibegriff	10
IV. Die Entscheidung für den materiellen Polizeibegriff	11
V. Die Auseinandersetzung mit der am materiellen Polizeibegriff geübten Kritik	14
B. Die Begriffe "Gefahr" für die "öffentliche Sicherheit und Ordnung"	20
<u>Zweiter Abschnitt: Die Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel</u>	25
§ 4 Die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel mit allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen	25
A. Das Rechtsstaatsprinzip	26
I. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	26
(1) Der Vorbehalt des Gesetzes	26
(2) Der Vorrang des Gesetzes	26
II. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung	33
B. Zusammenfassung und Ergebnis	37
§ 5 Die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot	38

	Seite
A. Die polizeiliche Generalklausel als Verordnungs- und als Verfügungser- mächtigung	38
B. Die polizeiliche Generalklausel als Verordnungsermächtigung und das Be- stimmtheitsgebot	39
I. Die Anwendbarkeit des Art.80 Abs.1 S.2 GG	39
II. Die Erfordernisse des Art.80 Abs.1 S.2 GG	43
(1) Die Bedeutung von "Inhalt, Zweck und Ausmaß"	43
(2) Die Überprüfung der General- klausel im Hinblick auf "In- halt, Zweck und Ausmaß"	43
a) Der "Zweck"	46
b) Das "Ausmaß"	60
c) Der "Inhalt"	60
C. Die polizeiliche Generalklausel als Verfü- gungsermächtigung und das Bestimmtheits- gebot	65
D. Zusammenfassung und Ergebnis	66
§ 6 Verfassungswidrigkeit der polizeilichen Generalklausel wegen verfassungs- rechtlicher Unhaltbarkeit der in ihr ent- haltenen (polizeilichen) Ordnungsfunktion?	67
A. Unvereinbarkeit der polizeilichen Ordnungs- funktion mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen?	67
I. Der polizeiliche Ordnungsbegriff und das Demokratiegebot	68
II. Der polizeiliche Ordnungsbegriff und die Zulässigkeit der zwangs- weisen Durchsetzung gesetzlich nicht fixierter Wertvorstellungen	70
III. Der polizeiliche Ordnungsbegriff im Rahmen der Rechtsordnung	71
(1) Die "Öffentliche Ordnung" und das Grundgesetz	71
(2) Die "Öffentliche Ordnung" und ausländische Rechtsordnungen	87
B. Zusammenfassung und Ergebnis	88

<u>Dritter Abschnitt:</u>	Vergleich des Generalermächtigungssystems und des Spezialermächtigungssystems im Hinblick auf ihre Entsprechung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen	89
§ 7	Generalermächtigung und Spezialermächtigung im Hinblick auf die Anforderungen eines freiheitlichen Rechtsstaates	89
A.	General- und Spezialermächtigungssystem und ihr Verhältnis zum "Wesen des Rechtsstaats"	89
B.	General- und Spezialermächtigungssystem und ihr Verhältnis zur persönlichen Freiheit des Einzelnen	92
C.	General- und Spezialermächtigungssystem und ihr Verhältnis zur Rechtssicherheit	96
D.	Zusammenfassung und Ergebnis	104
<u>Vierter Abschnitt:</u>	Vergleich des Generalermächtigungssystems und des Spezialermächtigungssystems im Hinblick auf ihre Praktikabilität	106
§ 8	Polizeiliche Generalklausel und Spezialermächtigungen und ihre Anwendbarkeit in der Praxis	106
A.	Die Praktikabilität der polizeilichen Generalklausel	106
I.	Die innere Logik des Begriffs "öffentliche Ordnung"	107
II.	Die praktische Realisierbarkeit des Begriffs "öffentliche Ordnung"	108
B.	Die Praktikabilität von Spezialermächtigungen im Vergleich zur polizeilichen Generalklausel	110
C.	Zusammenfassung und Ergebnis	114
<u>Fünfter Abschnitt:</u>	Die Zweckmäßigkeit und die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel	116
§ 9	Die Zweckmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel	116

	Seite
§ 10 Die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel	118
§ 11 Schlußwort	122

Anhang

I	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz (Auszug)	131
II	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Auszug)	137
III	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern (Auszug)	151
IV	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Auszug)	155
V	Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler (Auszug)	160
VI	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes (Auszug)	162

Schrifttumsverzeichnis

- Achterberg, Norbert "Öffentliche Ordnung" im pluralistischen Staat, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, herausgegeben v. Norbert Achterberg, Berlin 1973
- Auert, Marion Die Generalklausel im öffentlichen Recht
Diss. Köln 1960
- Bachof, Otto Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Bundesstaat
DÖV 1952, S.49 ff
- ders. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates
VVDStRL 12, S.37 ff (1954)
- ders. Ein neues Polizeigesetz in Bayern
DÖV 1955, S.105 f
- Bahls, Dietrich Die Polizei im demokratischen Rechtsstaat
DVBl 1973, S.565 f
- Beer, Hermann Wiedereinweisung eines zwangsweise ausquartierten Mieters in die gleiche Wohnung
Bay Bgmstr. 1952, S.58 f
- Belz, Reiner Wichtige Änderungen im Polizeirecht von Baden-Württemberg
DÖV 1974, S.766 ff
- Berner, Georg Wandlungen des Polizeibegriffs seit 1945
DVBl 1957, S.810 ff
- ders. Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern
4. Auflage, München 1969
(zit.: PAG)
- Beye, Friedrich Wilhelm Zur Dogmatik polizeirechtlicher Verantwortlichkeit
Diss. Mainz 1969
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblatt Ausgabe
Hamburg, ab 1950
(zit.: BK, Name des Bearbeiters)

- Brintzinger, Ottobert J. Das Allgemeine Verwaltungsge-
setz für das Land Schleswig-
Holstein
DÖV 1968, S.16 ff
- Bumbacher, Jan Alexander Die öffentliche Ordnung
Diss. Zürich 1955
- Denninger, Erhard Polizei in der freiheitlichen
Demokratie
Frankfurt/M. und Berlin 1968
(zit.: Polizei)
- ders. Demonstrationsfreiheit und Po-
lizeigewalt
ZRP 1968, S.42 ff
- ders. Zwölf Thesen zur Demonstrations-
freiheit
DRiZ 1969, S.70 ff
- ders. Polizei und demokratische Politik
JZ 1970, S.145 ff
- Drews-Wacke Drews, Bill und Wacke, Gerhard,
Allgemeines Polizeirecht
7. Auflage, Berlin-Köln-München-
Bonn, 1961
(zit.: Polizeirecht)
- Dröge, Helmut Die "drohende Gefahr" und ihre
Auswirkungen auf die Rechtstel-
lung der Zivilperson gegenüber
der öffentlichen Gewalt.
Diss. Münster 1960
- Dürig, Günter Art.2 des Grundgesetzes und die
Generalermächtigung zu allgemein-
polizeilichen Maßnahmen.
AÖR 79, S.57 ff (1953/54)
- ders. Nochmals zur Problematik von Art.
2 Abs.1 GG
NJW 1954, S.1394 f
- ders. Der Grundrechtssatz von der Men-
schenwürde. - Entwurf eines prak-
tikablen Wertsystems der Grund-
rechte aus Art.1 Abs.I in Ver-
bindung mit Art.19 Abs.II des
Grundgesetzes
AÖk 81, S.117 ff (1956)
- Dürr, Kolf Robert Die polizeiliche Generalklausel
Diss. Zürich 1967

- Emmerig, Ernst Ein neues Polizeigesetz in Bayern
DÖV 1955, S.100 ff
- ders. Der gegenwärtige Stand der Neu-
regelung des allgemeinen Sicher-
heitsrechts in Bayern
Bay VBl 1959, S.8 ff
- ders. Gesetz über die Organisation der
Polizei in Bayern
5. Auflage, München 1969
(zit.: POG)
- Erbel, Günter Das Sittengesetz als Schranke
der Grundrechte - Ein Beitrag zur
Auslegung des Art.2 Abs.1 GG
Berlin 1971
(zit.: Sittengesetz)
- ders. Der Streit um die "öffentliche
Ordnung" als polizeiliches Schutz-
gut
DVBl 1972, S.475 ff
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1.Bd., Allgemeiner Teil
10. Auflage, München-Berlin 1973
- Friauf, Karl Heinrich Polizei- und Ordnungsrecht, in:
Besonderes Verwaltungsrecht,
herausgegeben von Ingo v. Münch,
S.157 ff
2. Auflage, Bad Homburg, Berlin,
Zürich 1970
- Friesenhahn, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen
des Verwaltungsrechts, in:
Recht, Staat und Wirtschaft, Bd.II
Stuttgart und Köln 1950
- Frotscher, Werner Die polizeirechtliche Gesetzge-
bung in Schleswig-Holstein, in:
Die Polizei in Schleswig-Holstein
1971, S.9 ff
- Galette, Alfons Das Recht der Ordnungsbehörden
und der Polizei in Schleswig-
Holstein
Hamburg 1951
- ders. Das Polizei- und Ordnungsrecht
in Schleswig-Holstein, in:
Die Polizei in Schleswig-Holstein
1955, S.46 ff
- ders. Zur Entwicklung des "Polizei-
und Ordnungsrechts"
DVBl 1955, S.276 ff, S.316 ff

- Gimple, Max Das Problem der Adressatenkumulation bei Einzelanordnungsbefugnissen im Bereich des allgemeinen Sicherheitsrechts
Diss. Regensburg 1972
- Gintzel, Kurt Die Generalklausel und die Spezialermächtigungen im Polizeirecht
Diss. Münster 1965
- Gönnenwein, Otto Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den Ländern der amerikanischen und französischen Besatzungszone
VVDStRL 9, S.191 ff (1952)
- Götz, Volkmar Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
Göttingen, 3. Auflage 1975
- Groß, Rolf Zur Auslegung des Art.107 der Hessischen Verfassung
DÖV 1962, S.54 ff
- Gut, Fritz Ordnungsrecht und Polizei
DÖV 1950, S.704 f
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; Kommentar
Berlin 1956
(zit.: GG)
- Hamann-Lenz Hamann, Andreas und Lenz, Helmut
Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; Kommentar
3. Auflage, Neuwied und Berlin 1970
- Hans, Heinrich Polizei- und Ordnungsrecht
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970
- Hedemann, Justus Wilhelm Die Flucht in die Generalklauseln - Eine Gefahr für Recht und Staat
Tübingen 1933
- Hempfler, Walter Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des PrOVG
SchrÖR Bd.241, 1974
- Hoegner, Wilhelm Der Polizeibegriff der Bayerischen Verfassung
Bay VBl 1964, S.383 f
- Jacobi, Erwin Die Rechtsverordnungen, Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
Bd.2, S.236 ff
Tübingen 1932

- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht
3. Auflage 1931, Neudruck Offenburg
1948
(zit.: VwK)
- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Er-
messens in rechtstheoretischer und
verfassungsrechtlicher Sicht
AÖR 82, S.163 ff (1957)
- Käab-Rösch Käab, Artur und Rösch, Walter
Bayerisches Landestraf- und Ver-
ordnungsgesetz
2. Auflage, München 1969
(zit.: LStVG)
- Keidel, Dieter Polizei und Polizeigewalt im
Notstandsfall
Diss. München 1971
- Keil, Wolfgang Die Subsidiarität des Allgemeinen
Polizeirechts
Diss. Marburg 1972
- Kirchhof, Paul Grundfälle zum Polizeirecht
JuS 1974, S.648 ff, S.781 ff
- Klein, Friedrich Verordnungsermächtigungen nach
deutschem Verfassungsrecht, in:
Die Übertragung rechtsetzender
Gewalt im Rechtsstaat.
Berichte und Referate der Wein-
heimer Tagung vom 1./2.Dezember
1951, herausgegeben vom Institut
zur Förderung öffentlicher Ange-
legenheiten, S.7 ff
Frankfurt/M. 1952
- Klein, Hans Hugo Zur Auslegung des Rechtsbegriffs
der "öffentlichen Sicherheit und
Ordnung"
DVBl 1971, S.233 ff
- Klett, Paul Polizei und Grundrechte
Diss. Würzburg 1973
- Köhler, Karl-Heinz v. Zur abstrakten Gefahr im Polizei-
recht
DVBl 1957, S.73 ff, S.417
- König, Hans-Günther Allgemeines Sicherheits- und Poli-
zeirecht in Bayern, in:
Verwaltungsgesetze des Bundes und
der Länder, herausgegeben von
M.v.Brauchitsch, neu herausgegeben
von C.H.Ule
Bd.III, Zweiter Halbband
Berlin-Köln-München-Bonn 1962

- Köttgen, Arnold Das Bundesverfassungsgericht
und die Organisation der öf-
fentlichen Verwaltung
AÖR 90, S.205 ff (1965)
- Kors, Bernard Der Polizeibegriff im nieder-
sächsischen Verwaltungsrecht
Diss. Würzburg 1968
- Krauss, Rupprecht v. Der Grundsatz der Verhältnis-
mäßigkeit in seiner Bedeutung
für die Notwendigkeit des Mit-
tels im Verwaltungsrecht
Hamburg 1955
(zit.: Grundsatz)
- Kreutzer, Heinz Die Neuordnung der Berliner
Polizei und Ordnungsverwaltung
DÖV 1960, S.102 ff
- Krüger, Herbert Der Verfassungsgrundsatz, in:
Festschrift für Ernst Forsthoff
zum 70. Geburtstag, S.187 ff
München 1972
- Krüger, Hildegard Die Gleichberechtigung im Ar-
beitsrecht
NJW 1953, S.1772 ff
- dies. Anmerkung zum Beschluß des OLG
Celle v. 13.7.1954 - 5 Wx 36/54
NJW 1955, S.549 f
- Kupfer, Hans-Wolfram Das Recht der Ministerialpoli-
zeiverordnungen in Bund und Län-
dern
Diss. Göttingen 1972
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft
2.Auflage, Berlin-Heidelberg-
New York 1969
(zit.: Methodenlehre)
- Lauritzen, Lauritz Die Selbstverwaltung in Schles-
wig-Holstein
Handkommentar zur Gemeindeord-
nung, Amtsordnung, Kreisordnung
und Landessatzung. In Gemein-
schaft mit Werner Groß, Rudolf
Heim und Karl Marbach herausge-
geben
Kiel 1950
(zit.: Lauritzen)

- Lehmann, Werner Der alte und der neue Polizeibegriff
Berlin 1937
- Leibholz-Rinck Leibholz, Gerhard und Rinck, Hans Justus
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar
4. Auflage, Köln 1971
(zit.: GG)
- Locke, John Two Treatises of Government
1689/90
zitiert nach der Ausgabe von Peter Laslett
Cambridge 1960
- Löhnert, Waldemar Der Begriff des Störers im Hinblick auf die rechtlichen Folgen
Diss. Würzburg 1967
- Lohse-Heinrich Lohse, Volker und Heinrich, Hans Jürgen
Polizeirecht in Baden-Württemberg
Karlsruhe 1971
- Loschelder, Wilhelm Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung
DVEI 1957, S.819 ff
- Löw, Konrad Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?
DÖV 58, S.516 ff
- Lüers, Hartwig Das Polizeirecht in der DDR
Abhandlungen zum Ostrecht, Bd.12
Köln 1974
- Maiwald, Joachim Rechtsgrundlagen für Einzelanordnungen der allgemeinen Sicherheitsbehörden
Bay VBl 1966, S.404 ff
- v. Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz, Kommentar
Berlin und Frankfurt/M. 1953
(zit.: GG)
- v. Mangoldt-Klein Mangoldt, Hermann v. und Klein, Friedrich
Das Bonner Grundgesetz, Kommentar
2. Auflage, Berlin und Frankfurt/M. 1964
(zit.: GG)

- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht
19. Auflage, München 1973
(zit.: Staatsrecht)
- ders. Besprechung zu Franz Mayer, Die
Eigenständigkeit des bayerischen
Verwaltungsrechts, dargestellt
an Bayerns Polizeirecht
Bay VBl 1958, S.192
- Maunz-Dürig-Herzog Maunz, Theodor, Dürig, Günter
und Herzog, Roman
Das Grundgesetz, Kommentar,
Lose-Blattausgabe
München 1973
(zit.: GG)
- Mayer, Alexander Die polizeiliche Generalklausel
als Problem der kommenden Poli-
zeigesetzgebung in Bayern
Die Neue Polizei 1952, S.149 ff
- Mayer, Franz Die Eigenständigkeit des bayeri-
schen Verwaltungsrechts, darge-
stellt an Bayerns Polizeirecht
München 1958
(zit.: Eigenständigkeit)
- ders. Der Rechtswert des Begriffs "öf-
fentliche Sicherheit und Ordnung"
DVBl 1959, S.449 ff
- ders. . Probleme des Polizeirechts in der
Bundesrepublik Deutschland
DÖV 1960, S.88 ff
- ders. Besprechung zu Drews-Wacke, All-
gemeines Polizeirecht und
Scheer-Trubel, Preußisches Polizei-
verwaltungsgesetz vom 1.Juni 1931
AÖR 88, S.100 ff (1963)
- ders. Das Recht der öffentlichen Si-
cherheit und Ordnung, in:
Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats-
und Verwaltungsrecht in Bayern
3. Auflage, München 1968, S.391 ff
(zit.: F.Mayer, MMO).
- ders. Besprechung zu Wolfgang Wagner,
Die Polizeipflicht von Hoheits-
trägern
Bay VBl 1973, S.27 f
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht
Bd.1, 3. Auflage
München und Leipzig 1924
(zit.: VwR I)

- Müller, Klaus Entwicklung und Stand der Polizeilastenverteilung in Deutschland
Diss. Marburg 1960
- Nipperdey, Hans Carl Die Würde des Menschen, in:
Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Band III
Berlin 1954
(zit.: Die Grundrechte)
- Peters, Hans Ein Modell-Polizeigesetz
DÜV 1953, S.385 ff
- Pioch, Hans-Hugo Das Polizeirecht einschließlich
der Polizeiorganisation
Tübingen 1956
(zit.: Polizeirecht)
- Rasch, Ernst Die Organisation der Polizei
- Geschichtliche Entwicklung und
jetziger Stand
DÜV 1960, S.81 ff
- Reder, Peter Die Sistierung von Personen im
bayerischen Polizeirecht
Diss. Würzburg 1971
- Rietdorf, Fritz Gesetz über Aufbau und Befugnisse
der Ordnungsbehörden - Ordnungs-
behördengesetz - für das Land
Nordrhein-Westfalen
Stuttgart, München, Hannover 1957
- Rietdorf/Heise/
Bockenförde/Strehlau Rietdorf, Fritz; Heise, Gerd;
Bockenförde, Dieter; Strehlau, Bert
Ordnungs- und Polizeirecht in
Nordrhein-Westfalen, Kommentar
2. Auflage, Stuttgart-München-
Hannover 1972
(zit.: Rietdorf, Ordnungs- und
Polizeirecht)
- Roth, Georg Die Gefahrenvorsorge im sozialen
Rechtsstaat
Berlin 1968
- Samper, Rudolf Die Änderungen des Polizeiauf-
gabengesetzes
Bay VBl 1970, S.391 ff

- Samper, Rudolf Kommentar zum bayerischen Po-
lizeiaufgabengesetz
3. Auflage, München 1972
- ders. Abschied vom Spezialermächti-
gungsprinzip?
Bay VBl 1974, S.545 ff
- Schack, Friedrich Die Verlagerung der Gesetzgebung
im gewaltenteilenden Staat, in:
Festschrift für Karl Haff, S.332 f
Innsbruck 1950
- Scheuner, Ulrich Staatszielbestimmungen, in:
Festschrift für Ernst Forsthoff
zum 70. Geburtstag, S.325 ff
München 1972
- Schiedermaier, Rudolf Einführung in das bayerische Po-
lizeirecht
München und Berlin 1961
- ders. Dem Polizeistrafgesetzbuch zum
100. Geburtstag
Bay VBl 1962, S.200 ff
- Schlez, Georg Polizeigesetznovelle - Abkehr von
rechtsstaatlichen Sicherungen im
Polizeiverordnungsrecht?
BW VPr 1974, S.122 ff
- Schmatz, Hans Peter Die Grenzen des Opportunitäts-
prinzips im heutigen deutschen
Polizeirecht
SchröR Bd.40, 1966
- Schmidt-Bleibtreu-Klein Schmidt-Bleibtreu, Bruno und
Klein, Franz
Kommentar zum Grundgesetz für die
Bundesrepublik Deutschland
3. Auflage, Neuwied und Berlin 1973
- Scholz, Rupert Zur Polizeipflicht von Hoheits-
trägern
DVBl 1968, S.732 ff
- Schrameyer, Erhard Die Polizeipflichtigkeiten von
Hoheitsträgern
Diss. Münster 1971
- Schroeter, H.Wolfgang Zur abstrakten Gefahr im Poli-
zeirecht
DVBl 1957, S.415 ff
- Schweißguth, Edmund Grundzüge des jugoslawischen
Sicherheits-und Ordnungsrechts
Jahrbuch für Ostrecht, Bd.11,
S.77 ff, 1970

- Scupin, Hans-Harald Die Entwicklung des Polizeibegriffs und seine Verwendung in den neuen deutschen Polizeigesetzen
Diss. Marburg 1970
- Scupin, Hans-Ulrich Die Angelegenheiten der öffentlichen Ordnung, in:
Recht, Staat, Wirtschaft, Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von Hermann Wandersleb, Bd.2, bearbeitet von Erich Traumann, S.298 ff, Stuttgart 1950
- ders. Polizeirecht, in:
Die Verwaltung, herausgegeben von Friedrich Giese
Heft 16, 1960
- Seidel, Wolfgang Die Problematik der Verteilung der Gefahrenabwehr auf verschiedene Behörden
Diss. Münster 1965
- Simmacher, Georg Zum Polizeibegriff der Bayerischen Verfassung
Bay VBl 1964, S.160 ff
- Stein, Lorenz v. Handbuch der Verwaltungslehre
- Das System der positiven Staatswissenschaften, Allgemeiner Teil
3.Auflage, Stuttgart 1887
(zit.: Handbuch)
- ders. Die Verwaltungslehre
Vierter Teil, Innere Verwaltungslehre, Erstes Hauptgebiet, Dritter Teil: Das Polizeirecht
Stuttgart 1867, Neudruck Aalen 1962
(zit.: Verwaltungslehre)
- Stolleis, Michael Besprechung zu Hempfler, Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des ProVG
Bay VBl 1974, S.646.
- Svarex, Carl Gottlieb Kronprinzenvorträge, in:
Vorträge über Recht und Staat, S.3 ff, herausgegeben von Conrad, Hermann und Kleinheyder, Gerd;
Bd.10 der Wissenschaftlichen Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Opladen 1960

- Svarez, Carl Gottlieb Über den Zweck des Staats, in:
Vorträge über Recht und Staat,(s.o.)
S.640 ff
- Tietgen, Walter Öffentliche Sicherheit und Ord-
nung
DVBl 1957, S.781 ff
- Titzck, Rudolf Das Ende der Generalklausel des
§ 14 PVG im Bereich der Recht-
setzung durch die Ordnungsbehör-
den
SchlHA 1952, S.41 f
- ders. Generalklausel oder Mißbrauchs-
klausel
Deutsche Polizei 1953, S.59 f
- ders. Zur Frage der Verfassungsmäßig-
keit der polizeilichen General-
ermächtigung zum Erlaß von Rechts-
verordnungen
DÖV 1955, S.453 ff
- Ule, Carl Hermann Bemerkungen zum Baden-Württem-
berischen Polizeigesetz
BW VBl 1956, S.65 ff, S.83 ff
- ders. Öffentliche Sicherheit und Ord-
nung
DVBl 1957, S.805
- ders. Über die Verfassungswidrigkeit
des § 2 Abs.4 UZwG
DVBl 1962, S.353 ff
- Ule-kasch Ule, Carl Hermann und Rasch, Ernst
Allgemeines Polizei- und Ordnungs-
recht, in:
Verwaltungsgesetze des Bundes und
der Länder herausgegeben von H.v.
Brauchitsch, neu herausgegeben
von C.H.Ule, Bd.III, Erster Halb-
band, Teil A: Preußisches Recht,
S.39 ff
Köln, Berlin, Bonn, München 1965
(zit.: PVG)
- Unruh, Georg-Christoph v. Betrachtungen zur Verwaltungsre-
form
DÖV 1971, S.433 ff
- ders. Polizei als Tätigkeit der leistenden
Verwaltung
DVBl 1972, S.469 ff
- Vieth, Willi Rechtsgrundlagen der Polizei-
und Ordnungspflicht
SchrÖR Bd.255, 1974

- Vogel, Klaus Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie, in:
Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Klaus Vogel und Klaus Tipke, S.375 ff
Köln-Marienburg, 1972
- Wacke, Gerhard Verfassung und Polizeiverordnungen
DÖV 1955, S.456 ff
- ders. Besprechung zu Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
AÖR 97, S.599 f (1972)
- ders. Die Eigenständigkeit des bayerischen Polizeirechts, Besprechung zu F.Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht
DVBl 1959, S.13 ff
- Wagner, Wolfgang Die Polizeipflicht von Hoheitsträgern
SchrÖR Bd.163, 1971
- Weber, Werner Zur Gültigkeit des Preisgesetzes
DÖV 1957, S.33 ff
- Wegener, Hans Verfassungsfeindliche Handlungen im bayerischen Sicherheits- und Polizeirecht
Diss. Würzburg 1971
- Weingärtner, Helmut Das Recht der Vollzugspolizei zur Nacheile und Nachbarhilfe
Diss. Münster 1966
- Werner, Fritz Wandlung des Polizeibegriffs?
DVBl 1957, S.806 ff
- ders. Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht
Karlsruhe 1966
- Weyreuther, Felix Die Gesetzesbindung der Verwaltung und ihre Grenzen
DVBl 1964, S.893 ff

- Wintrich, Josef M. Zur Problematik der Grundrechte
 (Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG)
 Heft 71 der Arbeitsgemeinschaft
 für Forschung des Landes Nord-
 rhein-Westfalen, Köln 1957
 (zit.: Grundrechte)
- ders. Grundfragen des Verfassungsrechts
 in der Rechtsprechung des Baye-
 rischen Verfassungsgerichtshof
 (zur Problematik der Auslegungs-
 methode, des Wesens des Rechts,
 der elementaren Grundrechte, des
 Rechtsstaatsprinzips)
 Bay VBl 1958, S.97 ff
- Wittmann, Ewald General- und Spezialermächtigung
 im bayerischen Polizeirecht
 Diss. Erlangen (maschinenschrift-
 lich) 1954
- Wolff, Bernhard Die Ermächtigung zum Erlass von
 Rechtsverordnungen nach dem Grund-
 gesetz
 AOR 78, S.194 (1952/53)
- Wolff, Hans Julius Die Gestaltung des Polizei- und
 Ordnungsrechts, insbesondere in
 der britischen Besatzungszone
 VVDStK 9, S.134 ff (1952)
- ders. Verwaltungsrecht
 München und Berlin
 Band I 8.Auflage 1971
 Band II 3.Auflage 1970
 Band III 3.Auflage 1973
 (zit.: H.J.Wolff I, II, III)
- Zippelius, Reinhold Das Wesen des Rechts
 3.Auflage, München 1973
- Zuleeg, Manfred Die Ermessensfreiheit des Ver-
 ordnungsgebers
 DVBl 1970, S.157 ff

Landtags-Drucksachen

- Landtags-Drucksache
Baden-Württemberg 6/3570
- Landtags-Drucksache
Bayern 7/6612

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	- am angegebenen Ort
AÖR	- Archiv des öffentlichen Rechts
Az	- Aktenzeichen
Bad VGH	- Badischer Verwaltungsgerichtshof
Bay Bgmstr	- Bayerischer Bürgermeister
Bay VBl	- Bayerische Verwaltungsblätter
BK	- Bonner Kommentar
BV	- Bayerische Verfassung
BW	- Baden-Württemberg
BW VBl	- Baden-Württembergische Verwaltungsblätter
BW VPr	- Baden-Württembergische Verwaltungspraxis
CCC	- Constitutis Criminalis Carolina
cf	- vergleiche (confer!)
DÖV	- Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	- Deutsche Richterzeitung
DVBl	- Deutsches Verwaltungsblatt
Fußn.	- Fußnote
GBI	- Gesetzblatt
GVOBl	- Gesetz- und Verordnungsblatt
JuS	- Juristische Schulung
JZ	- Juristen-Zeitung
LBG SH	- Landesbeamtengesetz für Schleswig-Holstein
LStVG	- Landesstraß- und Ordnungsgesetz
LT	- Landtag
LVwG	- Landesverwaltungsgesetz für Schleswig-Holstein
m.w.N.	- mit weiteren Nachweisen
n.F.	- neue Fassung; neue Folge
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
OVG	- Oberverwaltungsgericht
PAG	- Polizeiaufgabengesetz
PolG	- Polizeigesetz
PolGBW	- Polizeigesetz Baden-Württemberg
Pr., pr.	- preußisch

PVG	- Polizeiverwaltungsgesetz
RGB1	- Reichsgesetzblatt
RVB1	- Reichsverwaltungsblatt
Rz	- Randziffer
scil.	- nämlich (scilicet)
SchlHA	- Schleswig-Holsteinischer Anzeiger
SchrÖR	- Schriften zum öffentlichen Recht
SH	- Schleswig-Holstein
SHLS	- Schleswig-Holsteinische Landes- satzung
VGH	- Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	- Veröffentlichung der Verweisung der Deutschen Staatsrechtslehre
VwR	- Verwaltungsrecht
ZRP	- Zeitschrift für Rechtspolitik

§ 1 Einleitung:

Gegenstand und Gang der Untersuchung

1. Die Ausgestaltung der polizeilichen Befugnisse bildet das Grundproblem eines jeden Polizeirechts. Sie ist sowohl rechtstechnisch als auch rechtspolitisch von weittragender Bedeutung.¹⁾

2. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der polizeilichen Ermächtigung ist auch das entscheidende Problem unseres heutigen Polizeirechts.

Dabei geht es, zumindest seit den 20er Jahren unseres Jahrhunderts, in diesen Auseinandersetzungen ausschließlich um die Alternative GeneraIermächtigung - Spezialdelegation.²⁾ Hierbei ist allerdings anzumerken, daß diese Kennzeichnung die diesem Streit zugrundeliegende eigentliche Problematik nur unvollkommen erfaßt, sie eher noch verschleiert, als daß sie sie wiedergibt. Spätestens seit der Einführung des § 14 pr PVG³⁾, der klassischen polizeilichen Generalklausel, der auch die heutigen Generalklauseln der verschiedenen Landespolizeigesetze mehr oder weniger wörtlich nachgebildet sind, geht es nämlich nur um folgende Frage: Soll die Ermächtigung an die Polizei ausschließlich in Form spezialgesetzlicher Regelungen erfolgen oder darf neben spezialgesetzlichen Regelungen noch eine subsidiäre Generalklausel als Auffangtatbestand für nicht geregelte und nicht vorhersehbare Fälle treten?

Trotz zahlreicher, kaum noch überschaubarer Veröffentlichungen zu diesem Thema ist die Diskussion über das Für und Wider noch immer nicht verstummt.⁴⁾ Eine Einigung über die Ausgestaltung der polizeilichen Ermächtigung konnte bis

1) cf. insoweit auch F.Mayer, DÖV 60, 90

2) F.Mayer, a.a.O., 90

3) s. Anhang I

4) cf. F.Mayer, a.a.O., 90; Bahls DVBl 73,565; Tietgen DVBl 57,781; Ule DVBl 57,805

heute noch nicht erzielt werden¹⁾, selbst eine Annäherung der gegensätzlichen Auffassungen ist kaum erkennbar.

3a) In dieser Auseinandersetzung wird aber nicht nur die Frage der Praktikabilität und der Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel heftig diskutiert, vielmehr ist insbesondere ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, ihre Verfassungsmäßigkeit nicht außer Streit.²⁾

Gerade dies ist aber die entscheidende Frage.

Ob die eine oder andere Lösung als praktikabler anzusehen ist, ist oftmals nur eine Sache der Überzeugung, des Standpunktes. Ebenso kann sich ein Gesetzgeber über Gebote der Notwendigkeit - zumindest in begrenztem Rahmen - hinwegsetzen und eine gegenteilige Entscheidung treffen. Wird hingegen die Verfassungswidrigkeit einer Regelung festgestellt, so ist damit eine endgültige Entscheidung gefallen. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit bindet auch den Gesetzgeber, über sie kann er sich nicht hinwegsetzen. Die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel ist somit für sie von essentieller, geradezu "existenzieller" Bedeutung.

Zusätzliches Gewicht kommt der Beantwortung dieser Frage zum gegenwärtigen Zeitpunkt aber auch noch deshalb zu, weil die Bundesländer derzeit gemeinsam einen Entwurf zur Vereinheitlichung der Polizeigesetze der Länder erarbeiten³⁾, der nach dem bisherigen Stand⁴⁾ eine dem § 14 pr PVG entsprechende Generalklausel erhalten soll.⁵⁾

1) cf. z.B. Samper, Bay VBl 74,545 ff; Schlez, BWVPr 74,122 ff einerseits, Belz, DÜV 74,766 ff andererseits

2) cf. F.Mayer, DVBl 59,449 ff

3) Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, cf. dazu LT-Drucksache Bayern, 7/6612 S.8 Z.3.3.3

4) Der bisher letzte Entwurf trägt das Datum 20. April 1974

5) Nach dem vorliegenden Entwurf ist die Generalklausel im Zweiten Abschnitt, § 9, enthalten (s. Anhang VI)

3b) Aus diesen Gründen ist die Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel hier mit besonderer Ausführlichkeit zu untersuchen. Ihre Prüfung bildet den Hauptteil der vorliegenden Arbeit (Zweiter Abschnitt).

Im Anschluß daran wird der Frage nachgegangen, ob und inwieweit das System der isolierten Spezialdelegation dem Wesen des Rechtsstaats besser entspricht und zur Garantie der persönlichen Freiheit des einzelnen mehr beiträgt als das "Generalmächtigungssystem" (Dritter Abschnitt).¹⁾

Es folgt dann eine Untersuchung der Praktikabilität der Generalklausel, wobei wiederum das Spezialermächtigungssystem zum Zwecke des Vergleichs in die Prüfung mit einbezogen wird (Vierter Abschnitt).

Im Fünften Abschnitt schließlich wird die Frage nach der Zweckmäßigkeit und der Notwendigkeit der Generalklausel gestellt.

Der Arbeit vorangestellt ist die Erläuterung und Festlegung der für das Verständnis wichtigsten Begriffe (Erster Abschnitt). Im Hinblick auf das in dem gemeinsamen Entwurf der Bundesländer zum Ausdruck kommende Bemühen, das Polizeirecht zu vereinheitlichen, ist hierbei insbesondere die Suche nach einem einheitlichen Polizeibegriff von großer Bedeutung.

4) Zugrundegelegt wird den Ausführungen im wesentlichen das Polizeirecht der Bundesländer Schleswig-Holstein und Bayern.

a) Schleswig-Holstein wird als Repräsentant des "Generalmächtigungssystems" gewählt, weil es sein Polizeirecht 1968 vollständig neu geregelt hat²⁾, mithin hier

1) cf. dazu Belz, a.a.O., 768

2) Die im "Landesverwaltungsgesetz für Schleswig-Holstein" (LVwG) enthaltene Kodifizierung des Polizeirechts trat am 1. Januar 1968 in Kraft (GVObI SH 67, 131). Sie löste das "Polizeigesetz für das Land Schleswig-Holstein" vom 23. März 1949 (GVObI SH 61) i.d.F.d. Gesetzes v. 23. Januar 1950 (GVObI SH 23), 31. März 1951 (GVObI SH 92) und vom 22. Dezember 1952 (GVObI SH 185) sowie die daneben noch weitergeltenden Vorschriften des pr. PVG ab.

auf ein verhältnismäßig junges Polizeigesetz zurückgegriffen werden kann, bei dessen Erlass ausreichend Gelegenheit bestand, den Anforderungen des Grundgesetzes und damit den heutigen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Hinzu kommt, daß der schleswig-holsteinische Gesetzgeber bei der Regelung seines Polizeirechts einen völlig neuen Weg beschritten hat, indem er es in eine Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts "einbettete".¹⁾ Dies aber bietet die Möglichkeit, zu untersuchen, ob und welche Auswirkungen dieses Vorgehen auf das Polizeirecht insgesamt, insbesondere aber auf die polizeiliche Generalklausel und ihre Handhabung hat.

b) Zur Gegenüberstellung wird das bayerische Polizeirecht herangezogen, da Bayern nunmehr²⁾ das einzige Bundesland ist, das dem Spezialermächtigungssystem folgt.³⁾

1) cf. dazu auch Brintzinger, DÖV 68,16 ff

2) Mit dem "Gesetz zur Ablösung des Polizeistrafrechts" vom 2. Juli 1974 (GBlBW 210), das am 1. September 1974 in Kraft trat, erhielt nunmehr auch Baden-Württemberg eine Generalermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen (§ 10 PolGBW n.F.). Eine Generalermächtigung zum Erlass von Polizeiverfügungen war bereits in §§ 1 und 3 PolGPW a.F. enthalten.

3) s. Anhang III, IV

Erster Abschnitt: Begriffsbestimmungen

§ 2 Die Notwendigkeit von Begriffsbestimmungen

1. Untersuchungen über ein polizeirechtliches Thema werden in der Regel mit einer mehr oder weniger knappen Übersicht der historischen Entwicklung des Polizeibegriffs eingeleitet.¹⁾ Die insoweit maßgeblichen Vorgänge sind hierbei schon so oft und bis ins Einzelne gehend ausgeführt worden²⁾, daß auf eine nochmalige Darstellung verzichtet werden kann.

2a. Nicht verzichtet werden kann hingegen auf eine eingehende Klärung der in der Arbeit verwendeten relevanten Begriffe. Eine juristische Argumentation läßt sich wie jede wissenschaftliche Beweisführung exakt nur durchführen und insbesondere auch nachvollziehen, wenn die Inhalte der wesentlichen Begriffe geklärt sind.

-
- 1) Aus neuerer Zeit sind hier insbesondere zu nennen:
Beye, Zur Dogmatik polizeirechtlicher Verantwortlichkeit;
Dröge, Die "drohende Gefahr" und ihre Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Zivilperson gegenüber der öffentlichen Gewalt;
Keidel, Polizei und Polizeigewalt im Notstandsfall;
Klett, Polizei und Grundrechte;
Kors, Der Polizeibegriff im niedersächsischen Verwaltungsrecht;
Vieth, Rechtsgrundlagen der Polizei- und Ordnungspflicht.
 - 2) Darstellungen der historischen Entwicklung der Polizei und des Polizeibegriffs finden sich daneben in den meisten Lehrbüchern zum Verwaltungs- und Polizeirecht, cf. z.B. Drews-Wacke, Polizeirecht, S.1 ff
Friauf, S.114 ff.
Jellinek, Verw.R., § 20
O.Mayer, Verw.R., I § 19
Samper, PAG, Art.1 Rdnr.1 ff
H.J.Wolff, III, § 121 m.w.N.
Dabei wird der Begriff "Polizei" zumeist aus dem griechischen Wort "politeia" hergeleitet. Demgegenüber weist neuerdings v. Unruh darauf hin, daß der Ursprung des Wortes "Polizei" vielmehr in dem Grundwort "polizein", das bereits in der Ilias vorkommt, zu sehen sei. "Polizein" bedeutet bei Homer soviel wie "miteinander eine Mauer um eine Siedlung bauen".
(v. Unruh, DVBl 72,469 ff m.w.N.)

2b. Im besonderen Maße gilt dies für eine Arbeit auf dem Gebiete des Polizeiwesens. Gerade hier ist die Schwierigkeit einer Untersuchung zu einem erheblichen Teil terminologischer Art, da eine gemeinschaftliche Terminologie nicht besteht. Das Mißverstehen beruht hier oftmals bereits auf einem Mißverstehen von Worten.¹⁾

1) cf. dazu Werner, DVBl 57, 806 ff

§ 3 Die einzelnen Begriffe

A. Der Begriff "Polizei"

Die terminologische Unsicherheit auf dem Gebiet des Polizeirechts beginnt bereits bei dem zentralen Begriff "Polizei".

Obwohl in Rechtsprechung und Literatur fast immer wie selbstverständlich von der "Polizei" gesprochen wird, ist der Inhalt dieses Begriffs keineswegs klar und eindeutig, vielmehr umfaßt er zumindest zwei Dimensionen.¹⁾ Zum einen dient er zur Kennzeichnung der polizeilichen Funktion im allgemeinen (materieller Polizeibegriff), darüberhinaus wird damit aber auch die "Trägerin" des Polizeiamtes bezeichnet (formeller Polizeibegriff).

I. Der materielle Polizeibegriff

Der "materielle Polizeibegriff" definiert sich danach als die mit Zwangsgewalt verbundene Funktion der öffentlichen Verwaltung, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren und bereits eingetretene Störungen zu beseitigen²⁾. Dieser Begriff ist somit rein sach- und aufgabenbezogen³⁾; er bezeichnet als Polizei also nicht einen Teil der Verwaltungsorganisation, sondern die Gefahrenabwehraufgaben und -befugnisse der öffentlichen Verwaltung⁴⁾,

1) H.J.Wolff hat nicht weniger als 10 verschiedene Dimensionen des Polizeibegriffs herausgearbeitet.

cf. H.J.Wolff, VVDStRL 9, 135 f

2) cf. Drews-Wacke, Polizeirecht, S.11

Ule-Rasch, § 14 PVG, Rz.1

Hierbei ist - selbstverständlich - folgende Einschränkung zu beachten: Nicht zur Gefahrenabwehr i.S.d.

Funktionskennzeichnung gehört die Tätigkeit der Polizei im Bereich des Strafrechts oder der bürgerlichen Rechtspflege.

cf. dazu insgesamt auch Galette, Das Recht der Ordnungsbehörden und der Polizei in Schleswig-Holstein, S.13 f

Schmatz, S.47

3) Schrameyer, S.4

4) Götz, S.17

unabhängig davon, wer diese Aufgaben kompetenzmäßig wahrzunehmen hat.¹⁾

II. Der formelle Polizeibegriff

Der formelle Polizeibegriff bezeichnet demgegenüber die Summe der sachlichen Zuständigkeiten der als Polizei bezeichneten Behörden.²⁾ Unerheblich ist dabei, ob die Zuständigkeiten dieser Behörden im Einzelfall sachlich der Gefahrenabwehr dienen.

(1) Der institutionelle Polizeibegriff

Als engere Abart des formellen Polizeibegriffs ist in diesem Zusammenhang noch der institutionelle Polizeibegriff zu erwähnen. Er bedeutet eine Beschränkung des Begriffs Polizei auf die Institutionen der Polizeiorganisation³⁾, d.h. also lediglich auf die meist uniformierten Vollzugsbehörden.⁴⁾

(2) Die sog. Entpolizeilichung

Bedeutung hat der institutionelle Polizeibegriff vor allem im Zusammenhang mit der sog. Entpolizeilichung erlangt. Es handelt sich hierbei um eine Besonderheit, um die das deutsche Polizeirecht nach 1945 "bereichert" wurde.⁵⁾

1) cf. Schrameyer, a.a.O.

2) cf. Götz, a.a.O.

3) cf. Götz, S.21

Seidel, S.5

H.H.Scupin, S.2

Den institutionellen Polizeibegriff gebraucht auch das PAG in Art.1 (s.Anhang III), im Gegensatz zur BV von 1946, die in Art.83 und 99 den materiellen Polizeibegriff verwendet.

4) cf. Art.1 PAG (Anhang III)

§ 165 Abs.2 LVwG (Anhang II)

5) cf. dazu Bachof, DÖV 55,105 ff
Frotscher, S.9 f

Die anglo-amerikanischen Besatzungsmächte¹⁾, denen im Gegensatz zu den Franzosen²⁾ das deutsche Polizeirecht fremd war, glaubten den in ihren Augen schrankenlosen Einfluß der Polizei im institutionellen Sinn begrenzen zu müssen. Sie gedachten dies durch eine "Entpolizeilichung" zu erreichen, d.h. dadurch, daß sie bestimmte, bislang den Polizeibehörden zukommende Aufgaben und deren Erledigung Verwaltungsbehörden zuwiesen, die nicht mehr die Bezeichnung "Polizei" führen durften.³⁾ Diese der Polizei entzogenen Aufgaben wurden fortan unter dem Begriff "Ordnungsverwaltung" von der als Ordnungsbehörde⁴⁾ bezeichneten Verwaltung wahrgenommen⁵⁾, behielten dabei aber ihren materiell-polizeilichen Charakter im bisherigen, durch die Gefahrenabwehr bestimmten Sinn.⁶⁾

-
- 1) cf. zum Folgenden, Schrameyer, S.6 f
Pioch, Polizeirecht, 119 ff, 180 ff
Frotscher, S.9, H.J.Wolff, VVDStRL 9,134 (166 ff)
Gönnenwein, VVDStRL 9,181 ff
 - 2) Deren Polizeirecht war in den Grundzügen dem preußischen Polizeirecht vergleichbar. Daher änderten sie in ihrem Einflußbereich das bestehende preußische Polizeirecht nicht, sondern führten es darüberhinaus sogar noch in Baden ein, wo es bis dahin nicht gegolten hatte.
cf. Gönnenwein, a.a.O., S.181 ff
 - 3) Dies geschah in der britischen Zone durch die - nicht offiziell veröffentlichte - "Instruktion über die Reorganisation des deutschen Polizeiwesens" vom 25.9.45 (cf. dazu Frotscher, S.9; Pioch, 193), für die amerikanische Zone durch Titel 9 der "Vorschriften der Militärregierung über das öffentliche Sicherheitswesen" i.d. Fassung vom 22.5.47 (cf. Pioch, 203)
 - 4) in Bayern: Sicherheitsbehörde
 - 5) cf. Drews-Wacke, Polizeirecht, S.22
 - 6) s. BVerfG 3,407 ff (431) und in der Literatur,
Drews-Wacke, a.a.O., S.22
Ule, BW VBl 56,66
H.J.Wolff, III § 122
a.A. aber: Götz, S.19 ff

Somit kommt dieser historisch begründeten und geographisch begrenzten Aufgliederung von Polizei und Ordnungsbehörden¹⁾, die auch nach der Wiedererlangung der Polizeihochheit von vielen Bundesländern beibehalten wurde²⁾, nur im Hinblick auf den formellen, insbesondere in der Form des institutionellen Polizeibegriffs Bedeutung zu, den materiellen Polizeibegriff hingegen berührt sie nicht.³⁾ Soweit es daher auf diesen ankommt, kann sie unbeachtet bleiben.

III. Die Abgrenzung des materiellen Polizeibegriffs vom formellen Polizeibegriff

Schon diese knappe Gegenüberstellung von materiellem und formellem Polizeibegriff macht deutlich, daß beide auf verschiedenen Ebenen liegen, sich aber teilweise überschneiden können.⁴⁾

So gibt es materiell-polizeiliche Funktionen, die nicht von institutionellen Polizeibehörden, sondern von Sonderbehörden (z.B. Bergämtern, Fischereiamtern etc.)⁵⁾ wahrgenommen werden. Dem stehen auf der anderen Seite polizeiliche Zuständigkeiten gegenüber, die nicht der Gefahrenabwehr dienen⁶⁾ und somit nur unter den formellen Polizeibegriff fallen.⁷⁾

1) in Bayern: Sicherheitsbehörden

2) Dies ist in 7 Bundesländern der Fall, so in Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein.

3) cf. BVerfG 3,407 ff (431)

Drews-Wacke, a.a.O., S.9 f

4) H.J.Wolff III § 122, III, 6:
Friauf, S.149 f

5) H.J.Wolff, a.a.O.

6) z.B. auf dem Gebiet der Strafverfolgung
cf. dazu auch Drews-Wacke, Polizeirecht, S.11.
Ule-Rasch, § 14 PVG, Rz.1

7) H.J.Wolff, a.a.O.

Der grundlegende Unterschied zwischen beiden Polizeibegriffen aber besteht in folgenden:

Der formelle Polizeibegriff sagt im Gegensatz zum materiellen Polizeibegriff nichts über die Aufgaben und Ermächtigungen der Polizei aus.¹⁾

IV. Die Entscheidung für den materiellen Polizeibegriff

Nach Aufgabenstellung und Zielsetzung der vorliegenden Arbeit hatte der hier zu wählende Polizeibegriff folgenden Anforderungen gerecht zu werden: Er sollte einerseits etwas über die Aufgaben und Ermächtigungen der Polizei aussagen, andererseits aber auch "einheitlich" sein, d.h. den gemeinsamen Nenner von Begriff und Aufgabe der Polizei in den verschiedenen Bundesländern bilden können. Die Wahl fiel auf den materiellen Polizeibegriff; nur er kann all diesen Anforderungen gerecht werden.

1. Zwar wäre es im Hinblick auf die Bundesländer Schleswig-Holstein und Bayern, deren Polizeigesetze im Rahmen dieser Arbeit verstärkt herangezogen werden sollen, grundsätzlich möglich gewesen, den institutionellen Polizeibegriff zu wählen, auch wenn er aus sich heraus noch nichts über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei aussagt. Angesichts der Tatsache, daß diese beiden Länder den institutionellen Polizeibegriff in ihren Kodifikationen des Polizeirechts bereits verwenden²⁾, - insofern wäre hier zumindest die Forderung nach "Einheitlichkeit" erfüllt - , wäre eine solche Wahl, so will es scheinen, besonders zweckmäßig gewesen.

1) cf. H.J.Wolff, III § 122, II, b,5

2) in Bayern: Art.1 PAG (Anhang III)
in Schleswig-Holstein: § 165 Abs.2 LVwG (Anhang II)
cf. dazu auch Frotscher, S.9

Wenn für die vorliegende Arbeit dennoch auf den materiellen Polizeibegriff zurückgegriffen wurde, so hat dies folgende Gründe:

2a. Die Wahl des institutionellen Polizeibegriffs würde es notwendig machen, die Aufgaben und Tätigkeiten der Gefahrenabwehr, d.h. also die materiell-polizeilichen Aufgaben und Tätigkeiten jeweils danach zu trennen, ob sie der Ordnungsbehörde¹⁾ oder den uniformierten Dienstkräften zuzurechnen sind.²⁾ Das aber würde die Darstellung unnötig komplizieren und erschweren.³⁾ Dies insbesondere auch deshalb, weil bei der Untersuchung häufig auch auf ältere polizeirechtliche Literatur eingegangen werden soll und muß. Diese aber geht vom materiellen Polizeibegriff aus.

Daneben verwendet auch die Rechtsprechung, - und zwar nicht nur die des preußischen OVG, sondern auch die unserer Bundesgerichte - , den materiellen Polizeibegriff.⁴⁾

b. Da in allen Bundesländern, die den institutionellen Polizeibegriff verwenden⁵⁾, sich die Aufgaben der Polizei im institutionellen Sinn und die der Ordnungsbehörden im wesentlichen decken⁶⁾ und beide sich letztlich auch auf die gleichen Befugnisse stützen⁷⁾, wären in der Darstellung Wiederholungen unvermeidlich. Die Wahl des institutio-

1) in Bayern: Sicherheitsbehörde

2) cf. dazu S.7, Fußn.2

3) cf. dazu Ule, BW VBl 56,66

4) cf. Bachof, DÖV 55,105
Drews-Wacke, a.a.O., S.1 ff

5) So in Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein

6) Ein Unterschied besteht lediglich insofern, als die Polizei (im institutionellen Sinn) i.d.R. auf das Recht des ersten Zugriffs beschränkt ist.

7) Es gilt, abgesehen von Bayern und Nordrhein-Westfalen, für die Polizei (im institutionellen Sinn) und die Ordnungsbehörden ein einheitliches Gesetz.
In Bayern und Nordrhein-Westfalen bestehen zwar für die Polizei (im institutionellen Sinn) und die Ordnungsbehörden (Sicherheitsbehörden) formell unterschiedliche Gesetze, die sich jedoch hinsichtlich der Befugnisse - materiell - weitgehend gleichen.

nellen Polizeibegriffs wäre also auch insoweit kein Gewinn.¹⁾

c. Der Zielsetzung, auf eine Vereinheitlichung des Polizeirechts hinzuwirken, würde die Verwendung des institutionellen Polizeibegriffs, der nicht in allen Bundesländern verwendet wird²⁾, insgesamt gesehen zuwiderlaufen, da er die dazu notwendige und mögliche (sprachliche) Verständigung nur erschweren würde. Demgegenüber wird der materielle Polizeibegriff noch überall³⁾ verwendet und verstanden.

d. Schließlich aber - und auch das ist ein gewichtiges Argument - sollte man, um mit Bachof zu sprechen⁴⁾, "gemeindeutsche Begriffe nicht ohne zwingenden Grund aufgeben." Das aber täte man, würde man statt des materiellen den institutionellen Polizeibegriff wählen, der, eingeführt durch die Besatzungsmächte nach dem Zusammenbruch im Zuge der sog. Entpolizeilichung⁵⁾, letztlich nichts anderes ist als eine bloße Wortauswechslung.⁶⁾ Weder wurde durch diesen Begriff der materiell-polizeiliche Charakter der Tätigkeit im bisherigen durch die Gefahrenabwehr bestimmten Raum berührt, noch könnte durch ihn die Gefahr eines "Polizeistaates" gebannt werden.⁷⁾

1) so auch Ule, a.a.O.

2) Nicht verwendet wird der institutionelle Polizeibegriff in Baden-Württemberg, Bremen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland.

3) Dies gilt auch für Bayern. So verwendet z.B. die BV von 1946 in Art.83 und Art.99 den Begriff "Polizei" im materiellen Sinn.

cf. Simnacher, Bay VBl 64,171; Hoegner, Bay VBl 64,383 f

4) Bachof, DÖV 55,105

5) cf. dazu auch oben S.8 ff

6) Bachof, a.a.O.

7) Das aber war für die Besatzungsmächte der Grund für die von ihnen durchgeführte "Entpolizeilichung", cf. dazu oben S.8 ff;
Bachof, a.a.O.

V. Die Auseinandersetzung mit der am materiellen Polizeibegriff geübten Kritik

1. Die Entscheidung für den materiellen Polizeibegriff macht es unumgänglich, sich mit einer Reihe von Einwänden auseinanderzusetzen, die gegen diesen Begriff vorgebracht werden¹⁾, in jüngerer Zeit²⁾ insbesondere von Galette³⁾ und Götz.⁴⁾

a. Galette ist der Ansicht, es habe nie einen einheitlichen materiellen Polizeibegriff gegeben⁵⁾; im übrigen käme einem solchen Begriff im heutigen Leistungsstaat, in dem verbindlicher, in die Freiheit des einzelnen eingreifender Verwaltungszwang längst über den Staatszweck der Gefahrenabwehr hinausgewachsen sei, ohnehin keine Bedeutung mehr zu.⁶⁾ Zudem wäre ein einheitlicher materieller Polizeibegriff heute auch schon deshalb wertlos, weil der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchgeführt worden sei.⁷⁾

b. Götz seinerseits wendet sich gegen die Beibehaltung und Weiterverwendung des materiellen Polizeibegriffs in der heutigen Zeit.⁸⁾

Der materielle Polizeibegriff beruhe auf der Annahme einer spezifischen Polizeigewalt des Staates und könne daher im Verfassungsstaat der Gegenwart keinen Bestand mehr haben.⁹⁾ Die Vorstellung der Identität der "Polizei" mit der Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, sei überholt und gehöre

1) Einwände gegen den materiellen Polizeibegriff sind so alt wie die Polizeiwissenschaft und auch verständlich, wenn man bedenkt, daß der Polizeibegriff nicht nur ein juridischer, sondern auch ein politischer Begriff ist. cf. dazu auch Werner, DVBl 57,808

2) Gemeint ist hier die Zeit seit 1955.

3) Galette, DVBl 55,276 ff

4) Götz, S.18 ff

5) Galette, a.a.O., S.277

6) Galette, a.a.O., S.282

7) Galette, a.a.O., S.280 f

8) Götz, a.a.O., S.18 ff

9) Götz, a.a.O., S.18

so unter Berufung auf Götz auch Klett, S.17

der Vergangenheit an¹⁾; eine (Weiter-) Verwendung des materiellen Polizeibegriffs laufe daher auch dem allgemeinen Sprachgebrauch zuwider.²⁾

2. Entgegen diesen Angriffen ist daran festzuhalten, daß der materielle Polizeibegriff mit dem Nutzen wissenschaftlicher Unterscheidung trotz der landesrechtlich unterschiedlichen Entwicklung des Polizeirechts einheitlich verwendet werden kann und somit auch für die heutige Zeit seine Berechtigung hat. Wichtig ist dabei, daß man sich zunächst einmal klarmacht, welche Aufgabe ihm überhaupt zukommt: Der materielle Polizeibegriff soll eine bestimmte Funktion einer Verwaltungstätigkeit, einen bestimmten Verwaltungszweck von anderen Funktionen und Zwecken scheiden.³⁾ Die den materiellen Polizeibegriff bestimmende Funktion, der Verwaltungszweck, ist die Gefahrenabwehr.⁴⁾ Sie als alleiniger Zweck ist Inhalt des hier zugrunde gelegten materiellen Polizeibegriffs.

Hier nun ist mit der Kritik an Ausführungen von Galette⁵⁾ und Götz⁶⁾ einzusetzen. Beiden ist anzulasten, daß sie es unterlassen haben, nach der Funktion des zu ermittelnden Polizeibegriffs zu fragen.⁷⁾

3a. So untersucht Galette den Begriff der Polizei im institutionellen Sinn. Diesen Begriff will er aus der Summe aller Aufgaben bilden, die den Polizeibehörden in den verschiedenen Ländern in jeweils unterschiedlichem Umfang zugewiesen werden. Auf diesem Weg dann zu einer brauchbaren Bestimmung des (gemeinsamen) materiellen Polizeibegriffs kommen zu wollen, muß sich in der Tat - und zwar selbst für ein einzelnes Land - als unmöglich erweisen.

1) Götz, a.a.O., S.18

2) Götz, a.a.O., S.20

3) cf. insoweit Kupfer, S.66
H.J.Wolff III, § 122, III,a

4) D.h. die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, cf. dazu oben S.7, Fußn.2

5) Galette, a.a.O.

6) Götz, a.a.O.

7) cf. dazu und im folgenden Kupfer, S.66 f

Im Wissen um diese Unmöglichkeit haben daher alle Bundesländer zumindest als Aufgabenzuweisung eine Generalklausel in ihre Polizeigesetze aufgenommen. Dieser Generalklausel lassen sie dann in der regel den (selbstverständlichen) Hinweis folgen, daß der Polizei im Anschluß an die durch die Generalklausel beschriebenen polizeilichen Aufgaben auch weitere Aufgaben durch Gesetz übertragen werden können.¹⁾ Das bedeutet aber nichts anderes, als daß diese sondergesetzlichen Zuweisungen nicht schon aus dem Begriff der Polizei im Sinne der jeweiligen Generalklausel folgen, mithin nicht essentialia sondern lediglich accidentalia der polizeilichen Tätigkeit sind.²⁾ Daraus folgt aber, daß - entgegen der Ansicht Galettes - insoweit ein übereinstimmender materieller Polizeibegriff im hier verwendeten Sinn in allen Bundesländern existiert³⁾: Aus den Generalklauseln⁴⁾ folgt die Übereinstimmung eines allgemeinen Polizeibegriffs.⁵⁾

b. Auch die Ansicht Galettes, der materielle Polizeibegriff habe zumindest im heutigen Leistungsstaat seine Bedeutung verloren, er sei wertlos und überflüssig, weil der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchgeführt worden sei⁶⁾, läßt sich gerade an Hand des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung widerlegen⁷⁾: Danach bedarf die Verwaltung, auch wenn sie zur Gefahrenabwehr tätig wird, für die dadurch erforderlichen Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Einzel-

1) z.B. in Bayern in Art.3 PAG

2) Kupfer, S.68

3) Der materielle Polizeibegriff als allgemeingültiger Begriff für die als "Gefahrenabwehr" zu kennzeichnende Staatsaufgabe gilt auch in Bayern, cf. Art.2 PAG (Anhang III), Art.6 LStVG n.F. (Anhang IV); cf. dazu Käßhösch, LStVG, S.68

4) Die Generalklausel ist hier lediglich als Aufgabenzuweisung zu sehen. Daher gilt diese Aussage auch für Bayern. cf. auch oben Fußn.3

5) cf. zum Ganzen Kupfer, S.67 ff; ebenso Drews-Wacke, a.a.O., S.10 ff, insbesondere S.13; Ule, BW VB1 56,65 ff; Kreutzer, DÖV 60,103; Werner, DVBl 57,806 ff; Schrameyer, S.4: im Ergebnis auch Berner, DVBl 57,819 ff

6) Galette, a.a.O.

7) cf. im folgenden auch Kors, S.57 ff

nen einer gesetzlichen Ermächtigung.¹⁾ Dabei ist es erst in zweiter Linie von Bedeutung, ob diese Eingriffe aufgrund einer Generalklausel oder einer Spezialermächtigung erfolgen. Bei der durch das Fortschreiten zum Wohlfahrtsstaat bedingten Durchdringung und Vermischung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung ist daher ein materieller Begriff dessen, was "Polizei" ist, nötiger denn je, wollen wir nicht der Verstaatlichung unseres Lebens Gefahr laufen.²⁾ Zu einer solchen Verstaatlichung würde aber letztlich eine Einebnung der polizeilichen Aufgaben und Tätigkeiten in die sonstige Verwaltung führen.³⁾

Ein materieller Polizeibegriff ist daher heute weder wertlos noch überflüssig, sondern im Gegenteil notwendig und unentbehrlich, kann man doch gerade aus dem Umfang der Polizeigewalt das Maß der Freiheit ablesen, die ein Staat respektiert.⁴⁾ So gesehen ist aber gerade der materielle Polizeibegriff unser Schutz vor einer totalen Verstaatlichung⁵⁾, unsere gute Waffe gegen den Polizeistaat.⁶⁾

Die Polizeigesetze aller Bundesländer haben dem durchweg Rechnung getragen⁷⁾, auch der bayerische Gesetzgeber, der in Art.2 PAG⁸⁾ die Beschreibung der Aufgaben der Polizei durch eine Generalklausel und damit letztlich den materiellen Polizeibegriff, dem Katalog der speziellen Ermächtigungen voranstellt.⁹⁾

4a. Auch den Ausführungen von Götz¹⁰⁾, bei denen er sich mit dem materiellen Polizeibegriff kritisch auseinandersetzt und zu seiner Ablehnung kommt, läßt sich zunächst einmal

1) cf. BVerfG, 8,325 f

2) Werner, a.a.O., S.809

3) Werner, a.a.O.

4) Werner, a.a.O.

5) Vogel, S.389

6) Drews-Wacke, a.a.O., S.23

7) cf. oben S.16, Fußn.3; Weingärtner, S.15

8) cf. Anhang III

9) cf. dazu Samper, PAG, Art.1 Anm.6 f
Schiedermair, § 6; Seidel, S.184 ff (189)

10) Götz, S.18 ff

nicht entnehmen, welche Funktion der dort gewonnene Polizeibegriff haben soll.¹⁾

b. So erkennt Götz zwar die Gefahrenabwehr als Aufgabe der Polizei im institutionellen Sinn und der Ordnungsverwaltung²⁾ an³⁾, lehnt aber die Berechtigung eines beide umfassenden materiellen Polizeibegriffs mit der Begründung ab, daß dies dem allgemeinen Sprachgebrauch zuwiderlaufen würde.⁴⁾ Mit dieser Reduzierung des Begriffs "Polizei" auf die Polizei im institutionellen Sinn ist aber nicht mehr gewonnen als eine Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch. Als (wissenschaftlicher) Begriff ist dieser Polizeibegriff aber deshalb fragwürdig, weil er wesentlich Zusammengehöriges trennt⁵⁾, ohne daß ein inhaltlicher Unterschied besteht.⁶⁾ Demgegenüber ist der materielle Polizeibegriff, wie er hier verstanden wird⁷⁾, als wissenschaftlicher Begriff nicht nur möglich, sondern auch sinnvoll, wird doch mit ihm gerade inhaltlich Übereinstimmendes zusammengefaßt.⁸⁾

c. Im übrigen beweist die - historisch zutreffende - Behauptung, der materielle Polizeibegriff beruhe auf der Annahme einer spezifischen Polizeigewalt des Staates⁹⁾, noch nicht, daß der historisch überkommene materielle Polizeibegriff deshalb nicht auch ein auf unserer Verfassung beru-

1) cf. Kupfer, S.68

2) in Bayern: Sicherheitsbehörden

3) Götz, S.21

4) Götz, a.a.O.

5) Die Trennung besteht hier darin, daß Götz die Aufgabe der Gefahrenabwehr qualitativ danach unterscheidet, ob sie von der Polizei (im institutionellen Sinn) oder von Ordnungsbehörden (Sicherheitsbehörde) erfüllt wird (Götz, S.21) cf. dazu auch Kupfer, S.69

6) cf. Larenz, Methodenlehre, S.163 ff
Zippelius, Das Wesen des Rechts, S.3 ff

7) D.h. also von seiner Funktion, der Gefahrenabwehr als alleiniger Zweck, her. cf. dazu auch oben S.7 f

8) Larenz, a.a.O.; Zippelius, a.a.O.; im Ergebnis auch Wacke, AÖK 97,599 f; cf. zum Ganzen auch Kupfer, S.69

9) Götz, S.18

hendes und durch sie begrenztes Rechtsinstitut sein kann.¹⁾

Sieht man den materiellen Polizeibegriff nämlich wie hier von seiner Funktion her, also "Polizei" als eine der Verwaltung übertragene Aufgabe, so folgt daraus vielmehr, daß für sie die gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten wie für jede andere Aufgabenübertragung.²⁾

Daß der Gesetzgeber dort, wo er auf dem gleichen Gebiet wie die Verwaltung tätig wird, selbst nicht an den so verstandenen Polizeibegriff gebunden sei, ist schon deshalb kein brauchbares Argument gegen den materiellen Polizeibegriff in heutiger Zeit, weil auch früher nichts anderes gegolten hat. Ein Gesetzgeber - sei es Monarch oder Parlament - ist und war noch nie in seinem Handeln durch einen Polizeibegriff beschränkt.³⁾ Denn für einen Gesetzgeber kann stets nur die Verfassung Grundlage und Begrenzung seiner Aktivität sein, niemals aber ein Begriff.⁴⁾

5. Schließlich sollte entgegen Galette und Götz auch deshalb an der historischen Einheit des Polizeibegriffs - und damit am materiellen Polizeibegriff - festgehalten werden, weil ein Verzicht auf die Typik des klassischen Polizeirechts zugleich ein Verzicht auf die durch sie gewährleistete Freiheit sein würde.⁵⁾

Hier wird von den Gegnern des materiellen Polizeibegriffs offenbar zu schnell seine Herkunft aus der liberalen Staatsidee vergessen⁶⁾, die besondere Leistung der liberalen Polizeirechtsdoktrin, die Beschränkung der Polizeigewalt auf die Gefahrenabwehr wird nicht gesehen. Gerade diese Begrenzung der Polizeigewalt ist aber in einem modernen Sozialstaat be-

1) cf. Lohse-Heinrich, Polizeirecht, S.93

2) cf. Wolff III, § 122, III,a

3) Bachof, a.a.O., S.10⁴ f

4) Etwas anderes gilt für die Verwaltung, die für ihr Handeln stets eines Auftrags und ggf. einer Ermächtigung bedarf. cf. zum Ganzen auch Kupfer, S.70

5) Vogel, S.389

6) cf. dazu auch Vogel, S.375, der dort die Auffassung vertritt, daß diese Entwicklung, in Gegensatz zur äußeren Entstehungsgeschichte des Polizeibegriffs, überhaupt nur wenig bekannt sei.

sonders wichtig und zur Erhaltung der Freiheit unerlässlich: Zwar erweitert der Sozialstaat den Freiheitsraum insofern, als er für viele erst die Voraussetzung für die Wahrnehmung ihrer Freiheit schafft, aber er gefährdet andererseits auch wieder die Freiheit, denn die durch staatliche Vorsorge gewährleistete Freiheit begründet zugleich eine neue und besonders subtile Form der Abhängigkeit.¹⁾

6. Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß der hier verwendete materielle Polizeibegriff heute nicht nur noch immer seine Berechtigung hat, sondern darüber hinaus sogar unentbehrlich ist.²⁾ Auch kann man dabei von einem allgemein gültigen Polizeibegriff sprechen, wie sich aus der Tatsache der hinsichtlich der Aufgabenzuweisung in allen Bundesländern bestehenden Generalklausel³⁾ ergibt. Berücksichtigt man ferner, daß die in der Generalklausel gebrauchten Begriffe noch ausgefüllt und näher bestimmt werden müssen, so dürfte dieser Polizeibegriff auch unbestritten sein.⁴⁾ Nur er ermöglicht, - trotz unterschiedlicher Polizeigesetze in den einzelnen Bundesländern - eine Verständigung darüber, was Polizei genannt wird.⁵⁾

Dieses hier gefundene Ergebnis steht auch im Einklang mit der Tatsache, daß die Praxis stets mit einem solchen Begriff gearbeitet hat⁶⁾ und weithin auch heute noch arbeitet⁷⁾,

1) cf. zum Ganzen Vogel, S.383 f, 389 und Werner, a.a.O., S.806 ff

2) Seidel, S.184 ff, insbesondere S.189 f

3) cf. oben S.16, Fußn.3

4) So wohl auch Berner, DVBl 57,810 ff

5) cf. zum Ganzen Kupfer, S.72 f

6) Drews-Wacke, a.a.O., S.1 ff m.w.N.
aber auch Galette, a.a.O., S.281, 283
Berner, a.a.O., S.810
Titzack, SchlHA 52,41

7) Werner, a.a.O., S.808;
Kreutzer, DÖV 60,103 f

was sich z.B. auch darin zeigt, daß der Gesetzgeber nach 1945 sich wiederholt¹⁾ seiner bedient hat.²⁾

B. Die Begriffe "Gefahr" für die "öffentliche Sicherheit und Ordnung"

1. Bevor die Begriffe "Gefahr" und "öffentliche Sicherheit und Ordnung" in ihrem Inhalt bestimmt werden, soll die Logik des damit bezeichneten Polizeibegriffs, sein Standort und seine Reichweite im Gefüge der Rechtsordnung aufgezeigt werden.³⁾

Dieses Aufzeigen der systematischen Begrenzungen des materiellen Polizeibegriffs ermöglicht zum einen eine genauere Definition der unbestimmten Rechtsbegriffe "Gefahr" und "öffentliche Sicherheit und Ordnung". Zum anderen können damit aber auch diejenigen Angriffe gegen den materiellen Polizeibegriff abgewehrt werden, die auf einer überspannten Interpretation des Begriffes beruhen.⁴⁾

a. Die geschichtliche Entwicklung⁵⁾, insbesondere die Funktion, die der Polizei im liberalen Rechtsstaat zukam, bedingen die systematische Begrenzung des materiellen Polizeibegriffs, die in der Beschränkung auf die Gefahrenabwehr zum Ausdruck kommt.

Der Polizeibegriff hat seinen eindeutig begrenzten Inhalt erst im Rechts- und Ordnungsgefüge des liberalen Rechtsstaates erhalten.⁶⁾ Die Beschränkung auf die Gefahrenabwehr ergab sich daraus, daß der liberale Staat - zumindest der Idee nach - Polizeigewalt nur zum Zwecke des Rechtsschutzes einsetzen durfte, nicht aber zu Wohlfahrtszwecken.⁷⁾

1) so z.B. im PolGEW und im PVG von Rheinland-Pfalz

2) Werner, a.a.O., S.808

3) cf. im folgenden Kupfer, S.72 ff

4) cf. dazu Kupfer, S.72

5) dazu insbesondere Vogel, S.375 ff

6) Vogel, S.383

7) Kupfer, S.73

Die Herkunft des materiellen Polizeibegriffs aus der liberalen Staatsidee bedingt mithin die systematische Voraussetzung, daß der Polizei ein staatsfreier gesellschaftlicher Raum gegenübersteht, setzt doch die Trennung von repressiver Gefahrenabwehr und positiver Wohlfahrtspflege einen eigenständigen, von staatlicher Einwirkung weitgehend freien gesellschaftlichen Bereich voraus. Hinsichtlich dieser "staatsfreien" Sphäre - einem tatsächlich vorhandenen Bestand von Lebensgütern - kann das Urteil über einen bereits eingetretenen oder auch nur drohenden Schaden als die Minderung eines tatsächlich vorhandenen Bestandes von Lebensgütern getroffen werden.¹⁾

b. Da man nach allgemein gültiger Definition unter Gefahr im Sinne des Polizeirechts - verkürzt formuliert²⁾ - einen Zustand versteht, der nach verständiger Beurteilung in näherer Zeit den Eintritt eines Schadens mit Wahrscheinlich-

1) Drews-Wacke, a.a.O., S.53

Lohse-Heinrich, a.a.O., S.55

cf. dazu insgesamt Kupfer, S.73

2) Nach üblicher Definition versteht man unter Gefahr i.S.d. Polizeirechts einen Zustand, der nach verständiger Beurteilung in näherer Zeit den Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, insbesondere eines Schadens mit Wahrscheinlichkeit erwarten läßt.

cf. Drews-Wacke, a.a.O., S.53

Lohse-Heinrich, a.a.O., S.55

keit erwarten läßt¹⁾, folgt aus dem oben ausgeführten aber, daß der Bezugspunkt für die Beurteilung einer polizeilichen Gefahr immer etwas Bestehendes sein muß, nicht hingegen etwas erst zu Schaffendes oder eine Erwartung sein darf oder kann. Bezugspunkt darf danach weder ein staatlich gesteuerter oder geförderter Entwicklungsprozeß sein, noch das durch permanente staatliche Leistung erreichte Niveau von z.B. Versorgungsleistungen²⁾, stellt doch auch dieses nicht den normalen Bestand an Rechtsgütern dar.³⁾

c. Vor diesem systematischen Hintergrund sind daher auch die mit "öffentlicher Sicherheit und Ordnung" bezeichneten polizeilichen Schutzgüter von vornherein auf den genannten vorausgesetzten Bestand einschränkend bezogen.⁴⁾

-
- 1) Trotz dieser einfach klingenden Definition darf nicht verkannt werden, daß die Auslegung des Begriffs "Gefahr" im Einzelfall äußerst schwierig sein kann. Der Grund hierfür liegt darin, daß es sich hierbei um einen Begriff handelt, bei dem Werturteile die entscheidende Rolle spielen, die sich rational nicht fassen lassen. Es handelt sich hier um einen - wie Wacke es formuliert hat - quantitativen und qualitativen Grenz- und Übergangsbegriff, dessen logische Präzisierung ebenso unmöglich ist wie die Beantwortung der bekannten eristischen Streitfrage, wie viele Körner zur Bildung eines Haufens erforderlich sind. Insbesondere die Abgrenzung gegenüber den bloßen "Nachteilen", "Belästigungen" und "Unbequemlichkeiten" ist schwierig. Da es im Rahmen dieser Arbeit weder auf diese Abgrenzungsprobleme noch überhaupt entscheidend auf den Begriff "Gefahr" ankommt, erscheint die Aufgabe der Definition ausreichend und der Verzicht auf eine Auseinandersetzung mit dem o.g. Problem zulässig.
- Im übrigen darf hierzu noch auf die Rechtsprechung, insbesondere auf die des Preuß.OVG, sowie auf die reichhaltige Literatur verwiesen werden. cf. z.B. Pr.OVG 77,333 (338); BVerwG 28,310 (315 f); BVerwG DÖV 74,637 ff; OVG Münster 8,239; Drews-Wacke, a.a.O., S.51 ff; Samper, PAG, Art.2 Rdnr.26 ff jeweils m.w.N.
- 2) Kupfer, S.73, unter Hinweis auf Röth, Die Gefahrenvorsorge im sozialen Rechtsstaat, 1968
- 3) Kupfer, S.74
- 4) Auch Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art.2 Abs.1 Rdnr.81 kommt zu dem Ergebnis, daß es sich bei dem Schutz der Rechtsordnung im Rahmen des Begriffs "öffentliche Sicherheit" nicht "um den Schutz der Rechtsordnung auch in ihrer Leistungs- und Sozialgestaltungsfunktion" handeln könne.
cf. dazu auch Kupfer, S.74

2. Bei beiden Begriffen handelt es sich um sog. unbestimmte Rechtsbegriffe im Sinne der verwaltungsrechtlichen Terminologie.¹⁾

3. Nach allgemein gültiger Definition²⁾ versteht man unter "öffentlicher Sicherheit" die Unversehrtheit von Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen sowie der Rechtsordnung und der grundlegenden Einrichtungen des Staates.

4. Demgegenüber umfaßt die "öffentliche Ordnung" alle ungeschriebenen, von der jeweiligen Gesellschaft anerkannten Verhaltensregeln, die allein deswegen gelten, weil sie nach Meinung der überwiegenden Mehrheit der Staatsbürger zu den unerläßlichen Voraussetzungen eines gedeihlichen menschlichen Miteinanderlebens gehören.³⁾

5. Diese beiden Begriffe sind, wie bereits ausgeführt, auf denjenigen öffentlichen status quo bezogen zu sehen, wie er sich unter Abstrahierung aller positiv-fördernden Staatszwecke ergibt.⁴⁾ Dabei ist aber hier status quo nicht als ein einmal erreichter und stabilisierter Kulturzustand zu verstehen⁵⁾, sondern er ist vielmehr variabel insofern, als er immer den natürlichen, sozialen und kulturellen Prozeß berücksichtigt.⁶⁾

1) Friauf, S.157; Ule-Rasch, § 14 PVG Rdnr.58
cf. dazu auch BVerfG 6,42 f

2) Diese Definition geht auf die Rechtsprechung des Pr.OVG zurück und hat in der amtlichen Begründung zu § 14 pr.PVG ihren Niederschlag gefunden.

Der Bay VGH hat in seiner Entscheidung vom 13.10.1951 (VGH n.F. 4,194) diese Begründung unter Berufung auf die Rechtsprechung des Pr.OVG im wesentlichen übernommen. Sie erscheint im übrigen auch in der amtlichen Begründung zum PAG und kann heute als allgemeingültig angesehen werden.
cf. dazu Drews-Wacke, a.a.O., S.63 ff
Samper, PAG, Art.2 Rdnr.15 ff

3) cf. für alle Kirchhof, JuS 74, 782 m.w.N.
Drews-Wacke, a.a.O., S.73 ff

4) Kupfer, S.76

5) So aber Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, S.33; ders., J.Z. 70, 145 ff

6) Kupfer, a.a.O.; Erbel, a.a.O., S.476; cf. oben, S.22 f

Zweiter Abschnitt: Die Verfassungsmäßigkeit der polizei-
lichen Generalklausel

§ 4 Die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel
mit den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen

1. Mit der Schaffung des Grundgesetzes begann ein neuer Abschnitt im Verfassungsleben Deutschlands.

Das Grundgesetz, das den liberalen Verfassungsgedanken mit den Grundsätzen der Demokratie verbunden hat, beruht auf dem Prinzip, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt demokratischer Legitimierung und Kontrolle unterworfen sein muß.¹⁾ Dabei hat die Verfassung insbesondere für Eingriffe in bestimmte Grundrechte feste Schranken gesetzt.

2. Diese Rechtsentwicklung konnte im Hinblick auf das Polizeirecht nicht ohne Auswirkung bleiben. Dabei hat insbesondere die Weitergeltung des § 14 PrPVG²⁾ bzw. seine mehr oder weniger wörtliche Übernahme in die Polizeigesetze der meisten deutschen Bundesländer³⁾ vielfache Kritik heraufbeschworen, deren Tenor meist dahin lautet, daß die Generalklausel den allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen des Grundgesetzes, wie sie insbesondere in Art. 20 GG zum Ausdruck kommen, nicht genüge.⁴⁾ Aufgabe im folgenden soll es nun sein, die Berechtigung dieses Vorwurfs zu untersuchen.

1) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Einleitung II, III (S.124)

2) s. Anlage I

3) Ausnahme: Bayern

4) So der bay. Gesetzgeber, Bayerischer Landtag, 2. Legislaturperiode, Tagung 1953/54, Beilage 4660, S.15; cf. dazu Ule, BWVBl 56,68 ff
Bachof, VVDStRL 12,63
ders. DÖV 55,106

A. Das Rechtsstaatsprinzip

Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, das das Bundesverfassungsgericht¹⁾ zu den elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes zählt, ist zwar im GG nicht ausdrücklich aufgenommen, wird aber aus Art.20 GG hergeleitet.²⁾ Es enthält keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote und Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der, jeweils nach den sachlichen Gegebenheiten des Einzelfalles ausgerichtet, der Konkretisierung bedarf.³⁾ Dabei müssen stets die fundamentalen Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben.⁴⁾

I. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Wesentlicher Bestandteil dieses Rechtsstaatsprinzip ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.⁵⁾ Dieser Grundsatz besagt, daß die Verwaltung für Eingriffe in die Freiheitsrechte der Staatsbürger einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, und weiter, daß sie nicht entgegen diesem Gesetz handeln oder ihre Zuständigkeit von sich aus erweitern darf.⁶⁾ Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterwirft somit die Exekutivorgane des Staates dem Vorbehalt und dem Vorrang des

1) BVerfG 6,41

2) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.20 Rdnr.9
Leibholz-Rinck, GG, S.395
Maunz, Staatsrecht, S.72

3) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.20 Rdnr.10

4) BVerfG 7,92 f; 11,72

5) Schmidt-Bleibtreu-Klein, a.a.O.
Dieser Grundsatz kommt in Art.20 Abs.3 GG, aber auch in Art.38 Abs.1 SHLS, sowie in § 72 LVwG (s. Anhang II) zum Ausdruck.

6) Korsch, S.86

Gesetzes.¹⁾

(1) Der Vorbehalt des Gesetzes

Mit dem "Vorbehalt des Gesetzes" wäre die Generalklausel dann nicht vereinbar, wenn sie der Polizei²⁾ lediglich Aufgaben zuweist, es den Behörden aber selbst überläßt, in welcher Weise und mit welchen Mitteln sie ihre Aufgabe erfüllen wollen³⁾, m.a.W.; wenn die Generalklausel den Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis entweder zwingend erfordert⁴⁾ oder aber auch nur zuläßt.⁵⁾

a. Im Schrifttum, insbesondere von bayerischen Autoren, wird nun in der Tat des öfteren behauptet, daß die polizeiliche Generalklausel den Schluß von der Aufgabe auf das Mittel zumindest zulasse⁶⁾, wenn nicht gar gebiete.⁷⁾

b. Eine solche "zwingende" Verbindung zwischen Generalklausel und unzulässigem Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis nimmt offenbar Emmerig⁸⁾ an, wenn er unter Bezugnahme auf einen Beschluß des Bay VGH⁹⁾ - der VGH hatte

-
- 1) cf. Lohse-Heinrich, a.a.O., S.54
Hans, S.16; 43
Der sog. Vorrang des Gesetzes ist in Art.20 Abs.3 S.1 GG enthalten.
cf. Maunz-Dürig-Herzog, Art.20 Rdnr.128
Jesch, S.5, 189 f
Ule, DVBl 62,375
Zum Verhältnis des Begriffs "Vorrang" zu dem in Art.20 Abs.3 S.1 GG verwendeten Begriff "Bindung" cf. Weyreuther, DVBl 64,893, 896 f
2) cf. zum Begriff oben S.7 ff
3) Gintzel, S.5 ff
Drews-Wacke, S.42
Kors, S.86 ff
4) So offenbar Emmerig, DÖV 55,101
aber auch Berner, DVBl 57,816
5) so F.Mayer, MMIO, S.395
ders., "Eigenständigkeit", S.68; ders., DVBl 59,449
Schiedermaier, S.93, 102
Beer, Bay.Bgmstr. 52,58
6) cf. oben Fußn.5, dazu auch Gintzel, S.6 f
7) cf. oben Fußn.4
8) Emmerig, DÖV 55,101
9) VGH n.F. 4,19 ff

hier festgestellt, daß der Schluß vom Zweck auf die Mittel mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar sei¹⁾ - behauptet, durch diese Rechtssprechung sei der bayerische Gesetzgeber gehindert gewesen, die Voraussetzungen polizeilichen Einschreitens durch eine Generalklausel nach preußischem Vorbild zu regeln. Diese von Emmerig aufgestellte Behauptung ist nur zutreffend und verständlich, wenn eine solche Verbindung "zwingend" besteht.²⁾

Nimmt man diesen Zusammenhang zwischen Generalklausel und Schluß von der Aufgabe auf das Mittel nämlich nicht an, so folgt aus der Entscheidung des VGH nur, daß der Gesetzgeber lediglich daran gehindert war, die Ermächtigung nur inzident mittels einer Beschreibung des polizeilichen Aufgabenkreises vorzunehmen. Nicht gehindert war er aber durch diese Entscheidung, die für die Beschreibung des Aufgabenkreises verwendeten Begriffe - also z.B. auch die der Generalklausel - zugleich auch zur Umschreibung und Begrenzung der Ermächtigung zu verwenden.³⁾ Die Regelung

1) In dieser Entscheidung, die eine wegerechtliche Verfügung einer Gemeinde zum Gegenstand hat, heißt es unter Ziffer 2 der Entscheidungsgründe: "Der Gemeinde steht im Bereich ihres eigenen wie des übertragenen Wirkungskreises die Befugnis zum Erlass obrigkeitlicher Verwaltungsakte, die sich an bestimmte Personen richten (sog. Verfügungsverfügungen) zu. Eine Gemeinde kann aber nicht etwa jedwede Anordnung dieser Art erlassen, die sie im Rahmen ihres weitgespannten Aufgabenbereiches für notwendig und zweckmäßig erachtet. Ein solcher Schluß von der Aufgabe auf die Befugnisse, vom Zweck auf die Mittel, wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Die Gemeinde muß sich vielmehr in jedem Einzelfalle auf eine konkrete Bestimmung des geltenden Rechts stützen können (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)."

2) cf. auch Bachof, DÖV 55, 106

3) so auch Bachof, a.a.O.

der polizeilichen Befugnisse durch eine Generalklausel schlechthin war mithin auch durch diese Entscheidung des VGH keineswegs ausgeschlossen worden.¹⁾

Leider bringt Emmerig²⁾ keine Begründung für seine Annahme, die es, wie dargelegt, erst ermöglicht, zu der von ihm gezogenen Folgerung aus der Entscheidung des VGH zu kommen.

Aus dem Begriff "Generalklausel" selbst läßt sich eine solche zwingende Verbindung, wie Emmerig sie sieht, jedenfalls nicht herleiten. Der Begriff allein läßt nämlich weder erkennen, ob er sich auf eine Aufgabe oder eine Befugnis bezieht, noch ob er eine - mögliche - gemeinsame Regelung von Aufgabe und Befugnis beinhaltet.

Auch aus einem Rückgriff auf die "klassische" Generalklausel des § 14 pr.PVG läßt sich eine solche Begründung nicht gewinnen.

Wie schon aus dem Wortlaut des § 14 pr.PVG "... haben Maßnahmen zu treffen" folgt, enthielt diese Generalklausel nicht nur eine Beschreibung der polizeilichen Aufgaben, sondern auch - und zwar in erster Linie - eine Ermächtigung.³⁾

Zu Unrecht beruft sich insoweit Berner⁴⁾ für seine Behauptung, die Generalklausel des § 14 pr.PVG gebiete den Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis⁵⁾, auf Wacke. Dieser sagt vielmehr genau das Gegenteil⁶⁾ und stellt dann abschließend ausdrücklich noch fest, daß es "auch im preußischen Polizeirecht den bedenklichen Schluß von den Aufgaben auf die Mittel nie gegeben" hat.⁷⁾

1) cf. dazu Bachof, a.a.O.

2) Emmerig, a.a.O.

3) Drews-Wacke, S.42 m.w.N.

4) Berner, DVBl 57,816

5) Berner, a.a.O.

6) Drews-Wacke, a.a.O., S.42 unter Berufung auf Maunz, Bay VBl 58,192

7) Drews-Wacke, a.a.O.; cf. dazu auch Gintzel, S.7

c. Als Ergebnis bleibt mithin festzuhalten: Es besteht weder eine zwingende Verbindung zwischen der Generalklausel und dem Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis, noch läßt die Generalklausel nach preußischem Vorbild einen solchen Schluß zu.

d. Ein Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis, der schon im preußischen Polizeirecht nicht zulässig war, ist auch und erst recht nicht nach den heutigen, dem § 14 prPVG nachgebildeten Generalklauseln der verschiedenen Landespolizeigesetze¹⁾ zulässig. Dies wird - ähnlich wie bei § 14 prPVG - einmal schon durch die Formulierung der jeweiligen Generalklauseln unmißverständlich zum Ausdruck gebracht. Darüberhinaus haben aber die Länder z.T. noch, um jeden derartigen Vorwurf schon im Ansatz zu begegnen, die Trennung von Aufgabenzuweisung und Befugniserteilung durch die Generalklausel durch eine formale Trennung optisch hervorgehoben.²⁾

e. Diesen Weg hat z.B. auch der schleswig-holsteinische Gesetzgeber bei seiner Neukodifizierung des Polizeirechts³⁾ beschritten.

So wird zunächst einmal schon aus dem Wortlaut des § 171 LVwG⁴⁾ "... haben ... Maßnahmen zu treffen" deutlich, daß es sich hierbei um eine Erteilung einer Befugnis handelt. In diesem Zusammenhang sollte auch nicht übersehen werden, daß daneben auch die weitere Formulierung des § 171 LVwG "... die

1) Eine solche "ermächtigende" Generalklausel findet sich heute in allen Bundesländern mit Ausnahme Bayerns.

2) Diese Trennung von Aufgaben und Befugnissen ist auch im PAG durch Überschriften und Gliederung in verschiedene Abschnitte formal verdeutlicht worden.

3) cf. oben S.4

4) § 171 LVwG, der die Generalklausel bildet, ist abgedruckt in Anhang II.

nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen" einen Hinweis auf die Mittel gibt und zugleich deren Anwendung begrenzt.¹⁾

Schließlich wird dann die Natur der Generalklausel des § 171 LVwG als Ermächtigung noch einmal dadurch deutlich gemacht, daß der Polizei²⁾ zuvor in § 164 LVwG³⁾ ausdrücklich die Gefahrenabwehr als Aufgabe übertragen wurde. Der schleswig-holsteinische Gesetzgeber hat damit - auch formal deutlich - einer der Aufteilung des PAG entsprechenden Trennung von Aufgabe und Befugnis durchgeführt.⁴⁾

f. Als Resultat dieser Ausführungen ergibt sich somit, daß die Generalklausel weder den Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis gebietet noch zuläßt, mithin nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt.

(2) Der Vorrang des Gesetzes

Ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes läge vor, wenn die Generalklausel den Kompetenzbereich der Polizei erweitern würde.

Eine solche Zuständigkeitserweiterung wäre dann gegeben, wenn eine Polizeiverordnung ohne gesetzliche Grundlage erlassen werden kann und dann später als Rechtsgrundlage für eine unselbständige Polizeiverfügung dient.⁵⁾

a. Diesen Fall meint offenbar von Köhler⁶⁾, wenn er feststellt, daß nach allgemeiner Meinung bei Vorliegen einer abstrakten Gefahr eine Polizeiverfügung allein aufgrund

1) cf. dazu auch Gintzel, S.7, im Hinblick auf entsprechende Regelungen in Nordrhein-Westfalen

2) zum Begriff cf. oben S.7 ff

3) zum Wortlaut s. Anhang II

4) Gleiches gilt z.B. auch für Nordrhein-Westfalen. Dort werden in den §§ 15 ff PVG NW die Aufgaben der Polizei umschrieben, während die §§ 20 ff die Befugnisse regeln.

5) H.U.Scupin, Polizeirecht, S.28,35

6) Köhler, DVBl 57,73 ff

einer Polizeiverordnung möglich sei. Der Gegenbeweis, daß im Einzelfall eine konkrete Gefahr nicht vorgelegen habe, sei dann nicht möglich¹⁾, obgleich doch "begrifflich jeder Polizeiverordnung die Schranke immanent" sei, "da nicht wirksam werden zu können, wo nachweisbar gar keine Gefahr entstehen kann".²⁾

b. Diese auf den ersten Blick bestechende Argumentation übersieht aber, daß eine solche Verordnung nie auf Grund der Generalklausel (z.B. des § 171 LVwG) ergehen könnte, da es an einer notwendigen Maßnahme fehlen würde.³⁾ Eine Gefahr, die niemals eintreten kann, bedarf auch keiner Regelung durch eine Polizeiverordnung. Bestand aber bei Erlaß der Verordnung eine abstrakte Gefahr, so ist auch die Verordnung wirksam erlassen worden.

Da aber durch den Erlaß der Norm ein Sachverhalt unwiderleglich als gefährlich vermutet wird, ist - worauf schon Wacke hinweist⁴⁾ - der Gegenbeweis zu Recht ausgeschlossen.⁵⁾ Insoweit verkennt von Köhler das Wesen einer Rechtsnorm und der auf diese Norm gestützten Verfügung.⁶⁾

c. Die Generalklausel verstößt mithin auch nicht gegen den Vorrang des Gesetzes, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bleibt gewahrt.

1) v.Köhler, a.a.O., S.73

2) v.Köhler, a.a.O., S.74

3) cf. insoweit auch Gintzel, S.12
Kors, S.88

4) Drews-Wacke, a.a.O., S.292 ff, 390 f m.w.N.
ProVG 99,217; 101, 142

LVG Düsseldorf v. 26.10.1951, Az.: I 162/50

5) so auch OVG Münster, DVBl 59,33

6) cf. Schroeter, DVBl 57,415 ff
insgesamt auch Gintzel, S.12
Kors, S.88

II. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung

Neben dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist weiterhin die ebenfalls in Art.20 Abs.3 GG zum Ausdruck gekommene Bindung der vollziehenden Gewalt - und damit auch der Polizei - an Gesetz und Recht zu beachten. Diese Bindung, die im Zusammenhang mit Art.1 Abs.3 GG zu sehen ist, kann schlagwortartig als Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung umrissen werden.

1. Die in Art.20 Abs.3 GG getroffene Unterscheidung zwischen Gesetz und Recht erklärt sich dabei daraus¹⁾, daß Gesetz hier nicht im streng positivistischen Sinn, sondern vielmehr im formellen Sinn zu verstehen ist²⁾, dem das Recht - also die Rechtsnormen, die ungeschrieben gelten³⁾ - "als Mittel der Bindung an die Seite getreten"⁴⁾ ist. Die Grundrechte aber, die Recht und Gesetz gleichzeitig realisieren, haben somit - soweit es sich um normative Grundrechte handelt⁵⁾ - "Positivität mit Wertgehalt".⁶⁾

2. Diesem in Art.20 Abs.3, Art.1 Abs.3 GG zum Ausdruck gekommenen Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung entspricht die Generalklausel somit nur, wenn sie sich innerhalb der vom Grundgesetz gezogenen Schranken hält, ihr Wertgehalt am Grundgesetz und den von ihm geschützten Werten ausgerichtet ist. Die Generalklausel muß mithin einen entsprechenden Bindungswillen des Gesetzgebers

1) Maunz, Staatsrecht, S.73

2) cf. dazu und zum Folgenden Gintzel, S.15 ff

3) Maunz, a.a.O., S.73

4) v.Krauss, S.33

5) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.1 Rdnr.19 f

6) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.20 Rdnr.72

erkennen lassen.¹⁾

3. Geht man zunächst einmal vom Wortlaut der Generalklausel des § 171 LVwG²⁾ aus, so zeigt sich ein solcher Bindungswille des Gesetzgebers schon einmal daran, daß der Polizei ein Tätigwerden nur "im Rahmen der geltenden Gesetze"³⁾ gestattet ist.

4. Zu den geltenden Gesetzen zählen nun aber auch und in erster Linie die Grundrechte.

Da somit jedes Handeln der Polizei auf der Grundlage der Generalklausel des § 171 LVwG auch immer im Rahmen der Art.20 Abs.3, Art.1 Abs.3 GG zu geschehen hat, ist es schon aus diesem Grunde stets am Wertgehalt des Grundgesetzes ausgerichtet.⁴⁾

5. Darüberhinaus macht § 171 LVwG jedes Tätigwerden der Polizei von der Ausübung ihres pflichtmäßigen Ermessens abhängig und verweist damit den handelnden Beamten auf seine Amtspflicht.⁵⁾ Diese Amtspflicht wird aber über § 68 Abs.1 LBG SH⁶⁾ zur Dienstpflicht, für deren Rechtmäßigkeit dem Beamten die volle persönliche Verantwortung zukommt.⁷⁾

1) Dabei kann sich der Bindungswille zum einen unmittelbar aus der Generalklausel ergeben, es genügt aber auch, daß sich der Bindungswille aus dem ganzen Gesetz ergibt. cf. dazu Titzck, DÖV 55,473

2) s. Anhang II

3) Die Formulierung "im Rahmen der geltenden Gesetze" drückt daneben auch den Grundsatz der Subsidiarität aus, der sich für die Generalklausel des § 171 LVwG daneben aber noch deutlicher aus § 170 LVwG ergibt (s.Anhang II)

4) cf. Gintzel, S.15 f
Kors, S.88

5) cf. Gintzel, a.a.O.
Kors, a.a.O.

6) § 68 LBG SH steht im Abschnitt III des LBG, der die Pflichten des Beamten normiert. Er lautet in Abs.1: Der Beamte trägt für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung.

7) cf. auch Gintzel, S.16

Hieraus, sowie aus der Tatsache, daß pflichtmäßiges Ermessen nur im Rahmen des Rechts ausgeübt werden kann¹⁾, ergibt sich der Wille des Gesetzgebers, die Polizei an das Recht zu binden.

6. Als weiterer Beleg für den Willen des Gesetzgebers, die Generalklausel des § 171 LVwG an den Grundrechten auszurichten, findet sich in § 193 LVwG.²⁾ Dieser beinhaltet die im Hinblick auf Art.19 Abs.1 GG notwendige Aufzählung der durch die Generalklausel einschränkbaren Grundrechte.

Zeigt hierbei schon allein die Tatsache der Aufzählung, daß die Generalklausel an den Bestimmungen des GG ausgerichtet ist, so noch vielmehr die weitere Tatsache, daß der Gesetzgeber hier nicht alle möglichen einschränkbaren Grundrechte genannt hat - und damit der Polizei bei der Ausübung ihrer Tätigkeit "zugänglich" gemacht hat -, sondern sich auf diejenigen beschränkte, deren Einschränkung für eine wirkungsvolle Durchführung der der Polizei obliegenden Aufgaben im Einzelfall unabdingbar erscheint.³⁾

7. Gelten die bisherigen Ausführungen mit geringen Abweichungen entsprechend auch für die Generalklausel der übrigen Bundesländer⁴⁾, so ist im folgenden noch auf einige Besonderheiten des schleswig-holsteinischen Polizeirechts einzugehen.

Wie bereits erwähnt⁵⁾, ist in Schleswig-Holstein das Polizeigesetz mit seiner Generalklausel in das Landesverwaltungsgesetz, eine Kodifikation des allgemeinen Ver-

1) Forsthoff, § 5, S.77 ff, 91 f; cf. auch Gintzel, S.16

2) s. Anhang II

3) cf. Gintzel, a.a.O.

4) Das sind alle Bundesländer mit Ausnahme Bayerns

5) cf. oben S.4

waltungsrechts, eingebettet . Dadurch wurde es dem schleswig-holsteinischen Gesetzgeber ermöglicht, die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz noch deutlicher zu manifestieren und offenzulegen und dabei insbesondere die polizeiliche Generalklausel mit einzubeziehen und ihre Rechtsstaatlichkeit insoweit augenfällig zu machen.

a. So bestimmt das LVwG, nachdem es zuvor in § 1 Abs.1 LVwG¹⁾ klargestellt hat, daß es "für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Träger der öffentlichen Verwaltung im Lande Schleswig-Holstein" gilt, z.B. in § 72²⁾:

"Die Behörde ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an Gesetz und Recht gebunden."

Deutlicher kann wohl ein entsprechender Bindungswille des Gesetzgebers kaum noch ausgedrückt werden!

b. Auch im weiteren erweist sich der von Schleswig-Holstein gewählte Weg, das Polizeirecht mit seiner Generalklausel in einer Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts "mit" zuregeln, als vorbildliche und zugleich praktikable Lösung, die Rechtsstaatlichkeit der Generalklausel, ihre Bindung an Recht und Gesetz aufzuzeigen und zu gewährleisten.³⁾

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁾ des Mittels, der ebenfalls Teil des Rechtsstaatsgedanken ist⁵⁾, konnte auf diese Weise als Teil der das Handeln der Polizei auf der Grundlage der Generalklausel beherrschenden verwaltungsrechtlichen Grundsätze auch dem einzelnen Staatsbürger deutlich sichtbar gemacht werden. In gleicher Weise wird

1) s. Anhang II

2) s. Anhang I+

3) Frotzcher, S.11

v. Unruh, DÖV 71,439

4) Dieser Grundsatz ist in § 73 Abs.2 LVwG gesetzlich fixiert (s.Anhang II).

5) BVerfG 10,117

auch der Grundsatz der Wahl des geringstmöglichen Mittels¹⁾, aber auch eine gesetzliche Definition des Begriffs "pflichtmäßiges Ermessen"²⁾ in die polizeiliche Generalklausel hineingenommen.

B. Zusammenfassung und Ergebnis

Das bisherige Ergebnis der Untersuchungen läßt sich damit wie folgt zusammenfassen: Die polizeiliche Generalklausel entspricht den allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen, wie sie insbesondere in Art.20 GG zum Ausdruck kommen. Sie verstößt weder gegen den Vorbehalt noch gegen den Vorrang des Gesetzes, da sie einen Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis nicht zuläßt und auch nicht den Kompetenzbereich der Polizei erweitert. Sie entspricht damit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Die polizeiliche Generalklausel trägt auch dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung Rechnung, zeigt sich doch in ihrer Ausgestaltung der Wille des Gesetzgebers, jedes Handeln der Polizei auf ihrer Grundlage an Recht und Gesetz zu binden.

Dieser Bindungswille des Gesetzgebers wird dabei in Schleswig-Holstein noch besonders dadurch betont und hervorgehoben, daß dort das Polizeirecht mit der Generalklausel in eine Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts gleichsam eingebettet wurde und somit die dort ausgeformten und niedergelegten rechtsstaatlichen Grundsätze auch zum Inhalt der Generalklausel wurden.

1) Dieser Grundsatz ist in § 73 Abs.3 LVwG (s. Anhang II) gesetzlich fixiert.

2) Diese Definition findet sich in § 73 Abs.1 LVwG (s. Anhang II).

§ 5 Die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel
mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot

A. Die polizeiliche Generalklausel als Verordnungs- und
als Verfügungsermächtigung

Neben den allgemeinen rechtsstaatlichen Bedenken wird, insbesondere von Seiten der Literatur, immer wieder geltend gemacht, die polizeiliche Generalklausel sei zu unbestimmt und daher mit der Verfassung unvereinbar.¹⁾

Dabei ist nicht immer klar erkennbar, ob sich der Vorwurf der "Unbestimmtheit" auf die Generalklausel als ganzes bezieht oder sich aber gegen die Generalklausel nur insoweit richtet, als sie zu Verordnungen ermächtigt.²⁾

Bei der Überprüfung, ob der erhobene Vorwurf mit dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit berechtigt ist, wird man zumindest deshalb zwischen der Generalklausel als Verordnungsermächtigung und als Verfügungsermächtigung³⁾ zu differenzieren haben, weil das Grundgesetz ausdrücklich nur an Verordnungsermächtigungen Anforderungen im Hinblick auf die zu fordernde Bestimmtheit stellt.⁴⁾

Hierbei sollte man jedoch die Notwendigkeit zur Differenzierung nicht überbewerten.

Wenn auch für Verfügungsermächtigungen eine dem Art.80 Abs.1 S.2 GG entsprechende ausdrückliche Vorschrift im Grundgesetz nicht vorhanden ist, so wird man dennoch für jede

1) so z.B. F.Mayer, DVBl 59,449 ff; ders., AÖR 88,107 f; ders., Eigenständigkeit, S.217 ff (218)
Emmerig, DÖV 55,100 ff
Berner, DVBl 57,810 ff
Titzack, DÖV 55,453 ff
Gut, DÖV 50,704 ff

2) cf. auch Kupfer, S.375

3) Für das prPVG ergab sich die Ermächtigung zu Verfügungen erst aus § 14 prPVG und 41 prPVG.

4) cf. Art.80 Abs.1 S.2 GG. Daneben enthalten auch einige Landesverfassungen inhaltsgleiche Regelungen, so in Baden-Württemberg, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-westfalen und Schleswig-Holstein.

Norm, die gegenüber dem Staatsbürger einen Eingriff ermöglicht, fordern müssen, daß sie nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, sodaß der Eingriff meßbar und im gewissen Umfange für den Staatsbürger voraussehbar wird.¹⁾ Diese Forderung entspricht unserem heutigen Grundrechtsverständnis, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob man sie aus einer entsprechenden Anwendung des Art.80 Abs.1 S.2 GG²⁾ oder unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip³⁾ herleitet und begründet.⁴⁾

B. Die polizeiliche Generalklausel als Verordnungsermächtigung und das Bestimmtheitsgebot

I. Die Anwendbarkeit des Art.80 Abs.1 S.2 GG

1. Vor der Prüfung, ob eine Verordnungsermächtigung Art.80 Abs.1 S.2 GG entspricht, ist in der Regel zu untersuchen, ob Art.80 GG im Einzelfall überhaupt Anwendung findet.

Im Hinblick auf die polizeiliche Generalklausel können sich hier in verschiedener Hinsicht Bedenken ergeben.

2a. So könnte zum einen schon die Tatsache, daß das Polizeirecht eine Angelegenheit der Länder ist, es sich mithin bei der polizeilichen Generalklausel um eine landesrechtliche Verordnungsermächtigung handelt, die Anwendung des Art.80 Abs.1 S.2 GG, die zunächst nur für bundesrechtliche Ermächtigungen gilt, ausschließen.

1) so BVerfG 8,325 f unter Berufung auf Bay VerfGH n.F. 1,91 n. BVerwG 4,35 f, 38
cf. dazu auch Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.20 Rdnr.11

F.Mayer, DVBl 59,453 f

2) cf. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.80 Rdnr.22

3) so Hamann, GG, S.239

4) cf. dazu auch Gimpl, S.6 ff

b. In der Tat wird zumindest eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art.80 GG auf die polizeiliche Generalklausel abgelehnt.¹⁾

Da aber - wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen²⁾ - die wohl überwiegende Auffassung sowohl in der Literatur³⁾ als auch in der Rechtsprechung⁴⁾, insbesondere aber auch das Bundesverfassungsgericht⁵⁾, im Ergebnis zu einer mittelbaren Anwendbarkeit kommen, steht insoweit einer Überprüfung der polizeilichen Generalklausel als Verordnungsermächtigung an den Erfordernissen des Art.80 Abs.1 S.2 GG letztlich nichts entgegen.

3. Schwerer wiegen hingegen die Bedenken die sich aus Art.129 Abs.3 GG gegen die Anwendbarkeit des Art.80 GG ergeben.⁶⁾

a. So ist z.B. in den Bundesländern Berlin und Saarland, in denen noch heute das preußische PVG gilt⁷⁾, hinsichtlich der Generalermächtigung zu Polizeiverordnungen von Art.129 GG auszugehen, da hier eine vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes gegebene Ermächtigung vorliegt.

1) Anders aber Ule-Rasch, § 24 PVG, Rdnr.12

2) cf. dazu ausführlich Kupfer, S.370 ff

3) so insbesondere Titzck, DÖV 55,453 ff
aber auch Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.80 Rdnr.19

v. Mangoldt-Klein, Art.80 Anm.XIII 1 m.w.N.

Zuleeg, DVBl 70,157

Kupfer, S.372

dagegen aber: Götz, S.174

Groß, DÖV 62,54

E.Wolff, AÖR 78,194 ff

4) dafür insbesondere BVerwG 21,203 ff
wohl auch BVerwG 2,114 (116)

16, 87 (91)

dagegen aber: Hessischer Staatsgerichtshof, Verw.Rspr. 21,1 ff

5) BVerfG 26,228 (237)

6) Art.129 GG wird in diesem Zusammenhang häufig übersehen
cf. dazu und im folgenden Wacke, DÖV 55,456 ff m.w.N.

7) cf. dazu Götz, S.61

Zu Art.129 GG hat aber das Bundesverfassungsgericht¹⁾, der überwiegenden Auffassung im Schrifttum folgend²⁾, ausgeführt, daß der Verfassungsgesetzgeber sich mit dieser Vorschrift grundsätzlich zur Aufrechterhaltung früherer Delegationen entschlossen habe. Lediglich für solche Bestimmungen, die zu Rechtsvorschriften "an Stelle von Gesetzen" ermächtigen, soll nach dem Willen des Verfassungsgebers etwas anderes gelten.

Die Einschränkungen in Art.129 Abs.3 GG gelten mithin nur für die eigentlichen gesetzestretenden Verordnungen im Sinne Jacobi's³⁾, d.h. für Verordnungen welche den Vorrang des Gesetzes besitzen und ihrerseits Gesetze aufheben und abändern können.

Da Polizeiverordnungen keine gesetzestretenden, sondern gesetzestretende Verordnungen sind⁴⁾, folgt daraus, daß die Generalermächtigungen der Bundesländer Berlin und Saarland nicht unter die Ausnahmeregelung des Art.129 Abs.3 GG fallen, mithin bestehen geblieben sind. Für diese kommt es dann aber auch auf Art.80 GG nicht mehr an, Art.80 GG kommt hier nicht mehr zum Zuge.

b. Inwieweit dieses Ergebnis auch auf die Generalklauseln der übrigen Bundesländer, in denen das preußische PVG nicht mehr unverändert fortgilt, übertragbar ist, bleibt hierbei zumindest zweifelhaft.

So dürfte eine Anwendbarkeit des Art.129 GG z.B. davon abhängen, ob in dem jeweiligen Bundesland nach dem Willen des Gesetzgebers eine neue Generalermächtigung erteilt wurde oder ob nur die bestehende, vor dem Grundgesetz erteilte Ermächtigung beibehalten werden sollte.

1) Beschluß vom 10.Juni 1953, BVerfG 2.307 ff

2) So z.B. v. Mangoldt, GG, Art.129 Anm.3c
a.A. aber: Holtkotten, BK, Art.129 Anm.II A 1 u. II D 1

3) Jacobi, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.2,
S.248 ff

4) Schack, S.332 ff
Titzck, DÖV 55,453 m.w.N.

In den Ländern, in denen zuvor das preußische PVG galt, erscheint letzteres durchaus denkbar.

c. Wacke¹⁾ vertritt sogar die Auffassung, daß in allen diesen Bundesländern eine neue Generalermächtigung gar nicht geschaffen worden sei, mithin Art.129 GG Anwendung finde. Er begründet seine Meinung im wesentlichen damit, daß die gegenteilige Auffassung zu der unhaltbaren Konsequenz führen würde, daß sich die Länder vor der Erteilung erneuter, zu Polizeiverordnungen ermächtigender Generalklauseln hüten müßten. Ihre bisherigen Ermächtigungen sind zwar wegen Art.129 GG weiter gültig, neue Ermächtigungen aber könnten sie wegen Art.80 GG unter Umständen nicht erlassen. Das aber würde zwangsläufig zu einer Erstarrung der Gesetzgebung führen und jede gesunde Reform auch für die Zukunft verhindern.²⁾

d. Dennoch, auch diese Argumentation, so überzeugend sie klingt, kann sicher nicht alle Bedenken ausräumen, die eine Anwendbarkeit des Art.129 GG auf die Generalermächtigungen aller Bundesländer fraglich erscheinen lassen.³⁾

e. Indes soll hier auf dieses Problem nicht weiter eingegangen werden. Zwar würde das Ergebnis, daß Art.80 GG wegen Art.129 GG auf die polizeiliche Generalklausel als Verordnungsermächtigung nicht anwendbar wäre, dazu führen, daß insoweit eine Verfassungswidrigkeit der Generalklausel nicht begründet werden könnte. Aber selbst dieses Ergebnis könnte den Vorwurf nicht entkräften, daß die Generalklausel als Verordnungsermächtigung mit unserem

1) Wacke, DÖV 55,457

2) Wacke, a.a.O., S.457

3) cf. z.B. Titzck, a.a.O., S.453 f
aber auch Gintzel, S.19 f

heutigen Verfassungsverständnis unvereinbar sei.¹⁾

Dieselben Überlegungen, die zu einer Übernahme der Erfordernisse des Art.80 Abs.1 S.2 GG auf Verfügungsermächtigungen geführt haben²⁾, würden es dann gebieten, die Abschaffung oder zumindest die Änderung einer zwar formal vom Grundgesetz gedeckten, im übrigen aber mit den in der Verfassung niedergelegten Grundsätzen im Widerspruch stehenden Generalklausel zu fordern.

4. Aus diesem Grunde ist daher, ungeachtet aller Einwände aus Art.129 GG, die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel als Verordnungsermächtigung mit den Erfordernissen des Art.80 Abs.1 S.2 GG zu prüfen. Dabei kommt dieser Untersuchung insbesondere auch noch im Hinblick auf die beabsichtigte Kodifizierung eines einheitlichen Polizeigesetzes der Länder³⁾ erhebliche Bedeutung zu.

II. Die Erfordernisse des Art.80 Abs.1 S.2 GG

1. Art.80 Abs.1 S.2 GG verlangt, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Mithin ist hier zu prüfen, ob Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz hinreichend bestimmt sind, wenn das Gesetz es gestattet, Polizeiverordnungen zu erlassen.⁴⁾

Aus der Entstehungsgeschichte des Art.80 Abs.1 GG läßt sich nicht entnehmen, was mit den Worten "Inhalt, Zweck und Ausmaß" im einzelnen gemeint ist.

Diese Worte waren schon im Entwurf von Herrenchiemsee enthalten, sie ziehen sich durch alle Stadien des Gesetz-

1) Damit aber wäre die Generalklausel als Verordnungsermächtigung dann aus diesem Grunde verfassungswidrig.

2) cf. oben S.38 f

3) cf. dazu oben S.2

4) cf. dazu und im folgendem Wacke, DÖV 55,457 ff

gebungsverfahren kommentarlos hindurch¹⁾ - insgesamt hat es den Anschein, als seien sie ohne besondere Erörterungen über ihre Bedeutung Verfassungsinhalt geworden.

Läßt sich auch aus dem Grundgesetz selbst nicht entnehmen, was das in Art.80 Abs.1 S.2 GG enthaltene "Bestimmtheitsgebot" im einzelnen erfordert, so kann für die Auslegung der Begriffe "Inhalt, Zweck und Ausmaß" immerhin auf die Rechtsprechung²⁾, insbesondere auf die des Bundesverfassungsgerichts³⁾, zurückgegriffen werden.

Im Anschluß an B.Wolff⁴⁾ hat das Bundesverfassungsgericht die Erfordernisse des in Art.80 Abs.1 S.2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgebots wie folgt definiert: "Der Gesetzgeber muß also selbst die Entscheidung treffen, daß bestimmte Fragen geregelt werden sollen, er muß die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll."⁵⁾

Dabei soll es genügen, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung sich aus dem ganzen Gesetz⁶⁾ ergeben.⁷⁾ Sie brauchen also nicht in der ermächtigenden Bestimmung selbst festgelegt zu werden.

1) Wacke, a.a.O., 457

2) z.B. BVerwG 1,118

3) z.B. BVerwG 2,307 (334)

5, 76 f

23, 62 (72)

4) B.Wolff, AÖR 78,194 ff (198), cf. dazu Kupfer, S.376

5) BVerfG 2,307 (334)

5, 76 f

23, 62 (72)

6) Dazu gehören auch die seine Anwendung bestimmenden Grundsätze, cf. BVerfG a.a.O.

7) B.Wolff, a.a.O.

Titzeck, DÖV 55,453

Will man die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel als Verordnungsermächtigung mit diesen vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien prüfen, so muß man sich also zunächst einmal klarmachen, daß mit der Ermächtigung zum Erlaß von Polizeiverordnungen auf den Gesamtinhalt des in den einzelnen Ländern geltenden Polizeirechts Bezug genommen wird. Über den Begriff "Polizei" wird alles, was Rechtsprechung und Gesetzgebung im Lauf von Jahrzehnten an Grundsätzen zum Polizeirecht entwickelt haben, in die Ermächtigung hineingenommen.¹⁾

2. Die durchzuführende Prüfung erstreckt sich mithin darauf, ob das geltende Polizeirecht Inhalt, Zweck und Ausmaß genügend konkretisiert. Hierbei ist anzumerken, daß eine logisch scharfe Abgrenzung dieser Begriffe, so wie sie die Definition des Bundesverfassungsgerichts impliziert, im Einzelfall oft nur schwer durchführbar ist, die Übergänge zwischen den einzelnen Begriffen vielmehr fließend sein können.²⁾

Das Bundesverfassungsgericht hat dieser Tatsache gleichfalls Rechnung getragen und die Begriffe Inhalt, Zweck und Ausmaß immer unschärfer voneinander getrennt.

So hat es sich in einigen neueren Entscheidungen bei der Festlegung des Zwecks darauf beschränkt, zu fordern, daß ein "Programm" angegeben werden müsse, das zu verwirklichen sei.³⁾ Inhalt und Ausmaß wiederum hat es dann unter entscheidender Heranziehung des Zwecks, d.h. des in ihm enthaltenen "Programms" ermittelt.⁴⁾

Damit aber scheint die Verfassungsrechtsprechung darauf hinauszulaufen, die Begriffe "Inhalt, Zweck und Ausmaß"

1) cf. insoweit Wacke, DÖV 55,457

2) Darauf hat bereits Wacke, a.a.O., S.458 hingewiesen.

3) BVerfG 5,77; 7,301 (304); 8, 306

4) so schon BVerfG 4,32; 8,316, insbesondere aber BVerfG NJW 73,451 f m.w.N.

nicht mehr jeden für sich auszulegen, sondern insgesamt als Befehl an den Gesetzgeber zu verstehen.

Im übrigen ist für die Prüfung, ob die Generalklausel als Verordnungsermächtigung dem Bestimmtheitsgebot des Art.80 Abs.1 S.2 GG genügt, eine über die allgemein übliche Handhabung hinausgehende schärfere Abgrenzung der einzelnen Begriffe untereinander nicht erforderlich¹⁾, so daß hier auf eine Vertiefung dieses besonderen Problems verzichtet werden soll.

a. Der Zweck

Nach geltendem Polizeirecht ist als Zweck der polizeilichen Generalklausel die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung²⁾ anzusehen, oder anders ausgedrückt: Der Zweck der Polizeiverordnung ist mit dem materiellen Polizeibegriff, der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, bezeichnet.³⁾

aa. Damit aber wird klar, daß die nach Art.80 Abs.1 S.2 GG zu fordernde Bestimmtheit insoweit nur gegeben ist, wenn die von der Generalklausel verwendeten Begriffe "Gefahr" für die "öffentliche Sicherheit und Ordnung" genügend bestimmt sind:

Ein Mangel an Bestimmtheit der von der Generalklausel verwendeten Begriffe müßte aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Art.80 Abs.1 S.2 GG, sondern auch unter dem des Erfordernisses rechtsstaatlicher Gesetzgebung (Art.20, 28 GG) zu ihrer Verfassungswidrigkeit führen.⁴⁾

bb. Ein solcher Mangel an Bestimmtheit der von der Generalklausel verwendeten Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung" wird von Titzck⁵⁾ und F.Mayer⁶⁾ behauptet.

1) Wacke, a.a.O., S.458

2) Wacke, a.a.O., S.458
Titzck, a.a.O., S.455

3) Kupfer, S.376

4) Kupfer, S.375

5) Titzck, a.a.O., S.455; ders., Deutsche Polizei, 53,59 f

6) F.Mayer, DVBl 59,453

Zwar wird von ihnen eingeräumt, daß diese unbestimmten Rechtsbegriffe durchaus bestimmbar seien, aber sie sind der Auffassung, daß es im Rahmen des Art.80 Abs.1 S.2 GG nicht auf die Bestimmbarkeit, sondern auf die Bestimmtheit ankomme.¹⁾

Titzck geht dabei sogar noch weiter, wenn er selbst die Wahl solcher Begriffe für unzulässig hält, deren Inhalt durch die Rechtsprechung und Lehre festgelegt und bestimmt worden sei²⁾, da Art.80 Abs.1 S.2 GG verlange, daß das Gesetz (d.h. der Gesetzgeber) selbst, nicht aber die Rechtsprechung, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen müsse.³⁾

cc. Diese weitergehende Ansicht von Titzck verkennt, daß der Gesetzgeber auch dann Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung selbst bestimmt, wenn er Begriffe verwendet, deren Inhalt durch die Rechtsprechung bereits festgelegt worden ist. Indem der Gesetzgeber nämlich diese Begriffe wählt, trifft er bereits die geforderte "Bestimmung" und genügt somit den Anforderungen des Art.80 Abs.1 S.2 GG.⁴⁾

dd. Doch auch die Ansicht, die eine Bestimmbarkeit - und damit die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe schlechthin - für nicht ausreichend hält⁵⁾, ist abzulehnen, zumal überzeugende, geschweige denn zwingende Gründe, die für diese Ansicht sprechen würden, weder aus Art.80 GG, noch aus dem Grundgesetz überhaupt, ersichtlich sind.⁶⁾

Vielmehr wird man aus der Tatsache, daß das Prinzip der Gewaltenteilung, um das es sich hier bei Art.80 Abs.1 S.2 GG ja letztlich handelt, auch sonst im Grundgesetz nicht rein verwirklicht ist, und das Grundgesetz gerade in

1) F.Mayer, a.a.O., S.453 m.w.N.

2) Titzck, SchlHA 52,41 (42)

3) Titzck, a.a.O., S.42

4) So im Ergebnis Wagner, S.153 ff

5) So ausdrücklich Titzck, DÖV 55,455
aber auch F.Mayer, a.a.O., S.453

6) cf. dazu Wacke, a.a.O., S.457 m.w.N.

dieser Hinsicht "zahlreiche Gewaltenverschränkungen und -balancierungen"¹⁾ zuläßt, schließen dürfen, daß der Verfassungsgeber auch hier das "Bestimmtheitserfordernis" gleichsam nur im "Kernbereich" gewahrt wissen wollte.²⁾ Dem "Bestimmtheitserfordernis" des Art.80 Abs.1 S.2 GG ist mithin auch genüge getan, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß aus dem Gesetz heraus ausreichend genau bestimmbar sind³⁾, d.h. aber, die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist nicht schlechthin unvereinbar mit den Erfordernissen des Art.80 Abs.1 S.2 GG.⁴⁾

ee. Die hier vertretene Auffassung findet eine Bestätigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieses hat wiederholt festgestellt, daß dem Grundsatz des Art.80 Abs.1 S.2 GG genügt ist, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung hinreichend bestimmt sind.⁵⁾ Weder verlangt Art.80 Abs.1 S.2 GG, daß die Ermächtigung so bestimmt wie irgendetwas umschrieben werden muß, noch steht es der Gültigkeit einer Ermächtigung entgegen, daß eine präzisere Umschreibung des Zwecks möglich gewesen wäre⁶⁾, vielmehr ist hierbei - wie überhaupt bei der Erteilung der Ermächtigung - die Verwendung auslegungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich zulässig.⁷⁾

ff. Darüberhinaus ergibt sich aber die Zulässigkeit der Verwendung auslegungsbedürftiger, unbestimmter Rechtsbegriffe hier auch noch aus der Notwendigkeit, der sonst nicht zu bewältigenden Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden.⁸⁾ Ohne derartige unbestimmte Rechtsbegriffe

1) BVerfG, NJW 73,451 f

2) so im Ergebnis BVerfG, NJW 73,451 m.w.N.

3) so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung z.B. BVerfG 1,312; 8,307; 19,362; 20,305; 24,15; 26,27; 28,85; 33,49

4) BVerfG 3,243; 4,357; 11,237; 13,161; 21,79

5) cf. die Nachweise oben Fußn.3

6) BVerfG 8,312, cf. Leibholz-Rinck, Art.80 Anm.7

7) cf. die Nachweise oben Fußn.4

8) BVerfG 4,357

kommt letztlich keine Gesetzgebung aus, wenn sie nicht zu "kirchhoffriedlichen Erstarrungen des Rechtslebens führen will".¹⁾

Aus diesem Grunde konnte auch der bayerische Gesetzgeber trotz seines Bekenntnisses zum Grundsatz der Spezialermächtigung bei der Kodifizierung des Polizeirechts auf solche unbestimmten Rechtsbegriffe bei der Erteilung von Befugnissen nicht verzichten.

So wird beispielsweise in den Bestimmungen des LStVG, in denen die Verwaltung zum Erlass von Verordnungen ermächtigt wird, immer wieder der unbestimmte Rechtsbegriff "Gefahr" verwendet.²⁾ Ebenso wird im PAG das Einschreiten vom Vorliegen einer "Gefahr" abhängig gemacht³⁾, bisweilen dann noch gekoppelt mit dem Begriff des "öffentlichen Interesses".⁴⁾ Gerade aber bei dem Begriff "Gefahr" handelt es sich, was die Auslegung im konkreten Einzelfall angeht⁵⁾, um einen der schwierigsten und am schwersten bestimmbaren Begriffe des Polizeirechts⁶⁾, dem der Begriff "öffentliches Interesse" im Hinblick auf seine Bestimmbarkeit allerdings kaum nachsteht.⁷⁾

gg. Das bisherige Ergebnis läßt sich somit wie folgt zusammenfassen:

Dem Bestimmtheitserfordernis des Art.80 Abs.1 S.2 GG genügt eine hinreichende Bestimmbarkeit. Der Gesetzgeber darf bei der Erteilung der Ermächtigung grundsätzlich unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden.⁸⁾

-
- 1) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.20 Rdnr.90
 - 2) cf. z.B. Art.7 Abs.2 Z.3; Art.14, 15, 16, 18 etc. LStVG n.F. (s. Anhang IV)
 - 3) cf. z.B. Art.5 Abs.2 Z.3c, Art.16, 17PAG (s. Anhang III)
 - 4) cf. z.B. Art.5 Abs.2 Z.3c PAG (s. Anhang III)
 - 5) cf. dazu oben S.22, Fußn.4
 - 6) cf. dazu Samper, PAG, Art.2 Rdnr.26 ff
Drews-Wacke, a.a.O., S.51 ff, 58 f
 - 7) so insbesondere Ule, BW VBl 56,68
aber auch Samper, PAG, Art.5 Rdnr.37
 - 8) So BVerfG in ständiger Rechtsprechung, Nachweise
cf. oben S.48, Fußn.3
Wagner, S.153 ff
Drews-Wacke, a.a.O., S.44 ff

hh. Mit der Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Erteilung einer Ermächtigung steht nun aber noch nicht fest, daß auch die polizeiliche Generalklausel mit den von ihr verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen dem Bestimmtheitserfordernis des Art.80 Abs.1 S.2 GG entspricht.

Die grundsätzliche Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe entbindet nämlich den Gesetzgeber nicht von der Verpflichtung, eine Ermächtigung so zu fassen, daß sie den rechtsstaatlichen Grundsätzen von Normklarheit und Justitiabilität entspricht.¹⁾ Sie muß in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können.²⁾

Es läßt sich somit nur von Fall zu Fall entscheiden, ob eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend begrenzt ist.³⁾

Auf die polizeiliche Generalklausel bezogen, heißt das, daß die gewählten Begriffe, - zunächst einmal⁴⁾ - insgesamt den Zweck, die Tendenz, mit der von ihr Gebrauch gemacht werden soll, hinreichend deutlich erkennen lassen müssen.

ii. Die ausreichende Präzisierung des Zwecks der Generalklausel durch die von ihr verwendeten Begriffe wird von den Befürwortern einer polizeilichen Generalermächtigung bejaht.⁵⁾ Zur Begründung verweisen sie darauf, daß die Be-

1) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.20 Rdnr.11

2) BVerfG 21,75

3) BVerfG 1,60; 2,334; 4,21; 5,76; 7,274

4) Daneben müssen natürlich auch Inhalt und Ausmaß deutlich werden; sie sind jedoch noch nicht Gegenstand der Untersuchung.

5) so von Drews-Wacke, a.a.O., S.45 ff
Erbel, DVBl 72,476
Gintzel, S.20
H.H.Klein, DVBl 71,233 ff
Kupfer, S.367 f
Wacke, a.a.O., 458 f

griffe "Gefahr" für die "öffentliche Sicherheit und Ordnung" durch Wissenschaft und fast 100-jährige Gerichtspraxis so weit präzisiert worden seien, daß deren Anwendung mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar und nachvollziehbar und damit auch gerichtlich überprüfbar geworden sei.¹⁾

jj. Demgegenüber wird von den Kritikern²⁾ einer polizeilichen Generalklausel unter anderen immer wieder behauptet, daß die Präzisierung, die die Generalklausel und die in ihr enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe unzweifelhaft durch die Rechtsprechung und Wissenschaft erfahren haben, nicht ausreiche. Insbesondere der Begriff der "öffentlichen Ordnung" sei der weitestgespannten Auslegung und vielfältigen Wandels fähig und auch schon teilhaftig geworden³⁾ und ermangele daher der im Rechtsstaat erforder-

1) cf. für alle Drews-Wacke, a.a.O., S.45 m.w.N.

2) Berner, DVBl 57,810 f
ders., PAG, Art.2 Anm.5
Emmerig, DÖV 55,102 f
F.Mayer, DVBl 59,452 f
ders., Eigenständigkeit, S.230
anders aber F.Mayer in DÖV 60,90. Dort kommt er zum Ergebnis, daß in Bayern die Voraussetzungen für eine (subsidiäre) Generalermächtigung i.S.d. § 14 prPVG deshalb nicht vorgelegen hätten, weil "in Bayern vor allem die eine solche Generalermächtigung einschränkende Rechtsprechung, wie sie z.B. seit ca. 75 Jahren der norddeutsche Raum aufzuweisen hat" gefehlt habe.
Diese Aussage kann aber doch nur dahin verstanden werden, daß F.Mayer die Präzisierung der Generalklausel und der in ihr enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe "Gefahr" für die "öffentliche Sicherheit und Ordnung" durch die Rechtsprechung für ausreichend hält, im Ergebnis also insoweit mit den Befürwortern der polizeilichen Generalermächtigung konform geht.

3) Emmerig, a.a.O., S.102

derlichen Bestimmtheit.¹⁾

kk. Bei all diesen gegen die Generalklausel gerichteten Ausführungen²⁾, die sich auch in ihrem Tenor und in ihrer Argumentation weitgehend gleichen, fällt auf, daß sich die Kritik letztlich nur gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" richtet. Die Begriffe "Gefahr"³⁾ und "öffentliche Sicherheit" sieht man hingegen offenbar als hinreichend bestimmt an.⁴⁾ Dies wird auch an der Tatsache deutlich, daß man sich dieser Begriffe ebenfalls in Bayern, wo die Bedenken gegen die Generalermächtigung am stärksten sind, bedient, indem man sie zum Teil direkt⁵⁾, zumindest aber dem Inhalt nach⁶⁾ auch bei den Befugniszuweisungen im PAG⁷⁾ und LStVG⁸⁾ verwendet.

11. Erweist sich somit die hier gegen die Generalklausel erhobene Kritik letztlich nur als Kritik am Begriff "öffentliche Ordnung", so ist nunmehr zu untersuchen, ob dieser Begriff in seiner durch Rechtsprechung und Lehre erfolgten Ausgestaltung bestimmt genug ist, die Grundlage einer Verordnungsermächtigung bilden zu können.

1) Emmerig, a.a.O., S.102
F.Mayer, DVBl 59,452

2) Dies bezieht sich auf all die Ausführungen, die die Unbestimmtheit der Generalklausel rügen, ohne die Anwendbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe in Ermächtigungen grundsätzlich in Frage zu stellen.

3) cf. dazu oben S.49

4) cf. Berner, PAG, Art.5 Anm.2 ff 7
Samper, PAG, Art.2 Anm.15 ff

5) so z.B. den Begriff "Gefahr" in Art.5 Abs.2 Z.3b,c
cf. oben S.49

6) so hinsichtlich des Begriffs "öffentliche Sicherheit" in Art.5 Abs.2 PAG, Art.7 Abs.2 LStVG n.F. (s.Anhang IV)
cf. dazu insbesondere auch Berner, PAG, Art.5 Anm.7
aber auch F.Mayer, DÖV 60,90

7) s. Anhang III

8) s. Anhang IV

mm. Berner und mit ihm die anderen Autoren¹⁾, die den Begriff der "öffentlichen Ordnung" als zu unbestimmt für Rechtseingriffe oder als Grundlage einer Verordnungsermächtigung ansehen, da er, wie die Vergangenheit gezeigt habe, heute so und morgen anders ausgelegt werden könne²⁾, verweisen als Beispiel für seine trotz aller Präzisierung durch Rechtsprechung und Lehre bestehende "Uferlosigkeit"³⁾ auf die Entscheidung des Preußischen Obergerverwaltungsgerichts vom 6.2.1941.⁴⁾ In dieser Entscheidung hatte das Preußische OVG ausgeführt, daß unter einer Gefahr für die öffentliche Ordnung "bei Auslegung nach nationalsozialistischen Grundsätzen ganz allgemein jede zu befürchtende Störung der Belange der Volksgemeinschaft zu verstehen" sei, die "nicht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit droht und vor der die Volksgemeinschaft ebenfalls von der Polizei zu schützen" sei.

Abschließend zog das Gericht aus diesen Überlegungen dann das Fazit: "Aufgabe der Polizei ist es, dem Schutz der Volksgemeinschaft zu dienen."

nn. Berner nun macht diese Rechtsprechung des Preußischen OVG zur Grundlage seiner gegen die Bestimmtheit des Begriffs "öffentliche Ordnung" gerichteten Ausführungen, wenn er erklärt: "Der sachliche Gehalt dieses Satzes ist die Interpretation des Begriffs 'öffentliche Ordnung' durch die 'Belange der Volksgemeinschaft'".

-
- 1) Berner, DVBl 57,810 f
Emmerig, DÖV 55,102 f
F.Mayer, DVBl 59,452
 - 2) Berner, DVBl 57,810 f
 - 3) F.Mayer, DVBl 59,452
 - 4) Pr.OVG, RVBl 41,407 f
cf. dazu auch F.Mayer, a.a.O., 452 f
 - 5) Berner, a.a.O., 812
cf. dazu auch F.Mayer, a.a.O., 452 f
u. Gintzel, S.21 f

Welches diese Belange sind, ermittelt das Gericht nicht nach eigenverantwortlich gesuchten Wertmaßstäben, sondern nach 'nationalsozialistischen Grundsätzen'. erinnert man sich aber, daß die amtliche Begründung zum prPVG die 'öffentliche Ordnung' in Anlehnung an die Rechtsprechung eben des Preußischen Oberverwaltungsgerichts definiert hatte als 'den Inbegriff der Normen, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der innerhalb eines Polizeibezirks vorhandenen Menschen angesehen wird' und führt man in diese Definition den Gedanken ein - wie es das Preußische Oberverwaltungsgericht damals getan hat -, die nationalsozialistische Auffassung sei die der Mehrheit der Bevölkerung geworden, dann kann man diese Rechtsprechung nicht als eine zeitbedingte Erscheinung übergehen. Vielmehr ist diese Entwicklung durch die vom Pr.Oberverwaltungsgericht selbst und von Anfang an gegebene Definition des Begriffs der 'öffentlichen Ordnung' vorgezeichnet." Diese Argumentation ist von ihrer Gedankenführung her zwar richtig¹⁾ und im Ergebnis ist Berner auch insoweit zuzustimmen, daß der Polizeibegriff damals eine ständige Erweiterung erfahren hat²⁾, im übrigen verkennt Berner aber eins: Die von ihm gezogene Schlußfolgerung, daß dieses Urteil die Unvereinbarkeit des Begriffs "öffentliche Ordnung" mit rechtsstaatlichen Grundsätzen beweise und damit gleichzeitig seine "Unbestimmtheit" zeige, ist nicht zwingend.³⁾ Wenn auch nicht zu leugnen ist, daß sich die nationalsozialistische Diktatur der Generalklausel in buchstäblichem Sinn bedient hat, so bleibt dennoch festzustellen, daß dies weder an der Generalklausel noch insbe-

1) cf. Gintzel, S.22

2) cf. dazu Rasch, DÖV 60,83 f; Gintzel, a.a.O.

3) cf. Gintzel, S.22, insbesondere aber Lehmann, S.96, der schrieb: "Nationalsozialistisches Gedankengut kann man in diesen vom Liberalismus geschaffenen Rahmen nicht gießen; beide sind unvereinbar miteinander." ebenso Stollreis, Bay VBl 74,656; Hempfler, SchrÖR 241, 140 ff; Samper, a.a.O., Art.4 Anm.5

sondere am Begriff der "öffentlichen Ordnung" lag, sondern einzig und allein an der Diktatur.¹⁾ So wurde unter den Nationalsozialisten die Ordnungsidee schließlich zum freiheitsvernichtenden, inhumanen Ordnungsfetischismus pervertiert.²⁾ Aus dieser historischen Erfahrung resultiert die Abneigung Berners und der anderen oben genannten Autoren gegen den Begriff "öffentliche Ordnung". Dies ist zwar politisch verständlich, darf aber dennoch nicht zu einer Ablehnung des Begriffs als solchen führen. Vielmehr ist der polizeiliche Ordnungsbegriff daraufhin zu prüfen, ob und wie er nach Inhalt und Funktion der Umsetzung in eine verfassungsgemäße Polizeiverwaltungspraxis fähig ist.³⁾

Diese Überlegung leitet auch Samper⁴⁾, wenn er feststellt, daß Generalklausel oder Spezialermächtigung als solche weder gut noch schlecht, sondern indifferent sind.

Weder entsprechen Generalklausel oder Spezialermächtigung als solche dem Rechtsstaat, noch widersprechen oder gar bedrohen sie ihn. Genau so wenig ist aber der Begriff "öffentliche Ordnung" schon a priori mit der Konzeption eines freiheitlich-demokratischen Staatswesens unvereinbar.⁵⁾

Vielmehr ist es allein eine Frage der Politik, nicht aber des Polizeirechts, ob ein Staat ein Rechtsstaat ist.⁶⁾

Diese simple Überlegung aber ist entscheidend, zeigt sie doch, daß die Tatsache des Mißbrauchs weder die Unvereinbarkeit des Begriffs "öffentliche Ordnung" mit rechtsstaatlichen Grundsätzen beweist, noch - und zwar erst recht nicht - seine mangelnde Bestimmtheit.

1) Samper, a.a.O.; Hempfler, a.a.O.

2) Erbel, DVBl 72,478

3) cf. zum Ganzen, Erbel, a.a.O., 478

4) Samper, PAG, Art.4 Anm.5

5) Erbel, a.a.O., 478

6) A.Mayer, Die Neue Polizei, 52,149 ff
Samper, a.a.O.

oo. Diese Ausführungen lassen sich noch verdeutlichen. Wie folgende Überlegung zeigen wird, wäre im national-sozialistischen Staat nämlich auch ein Mißbrauch des heute in Bayern geltenden Polizeirechts mit seinem Spezialermächtigungsprinzip möglich und nicht auszuschließen gewesen.¹⁾ Gerade für dieses aber nehmen die oben genannten Autoren in Anspruch, daß es rechtsstaatlichen Grundsätzen in besonders hohem Maße entspreche²⁾:

Mit einem "Rechtsetzungsakt" hätten die damaligen Machthaber zunächst nur alle Kreis- und Ortsgruppenleiter zu Behörden der inneren Verwaltung zu ernennen brauchen. Daß ein solcher Akt in kurzer Zeit vollziehbar gewesen wäre, haben die Führererlasse gezeigt.³⁾

Diese Behörden hätten dann der "Polizei"⁴⁾ Weisungen erteilen dürfen, sofern sich diese nur im polizeilichen Aufgabenbereich bewegten. Dieser Aufgabenbereich, gem. Art.2 PAG⁵⁾ durch die "Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit"⁺ umschrieben, wäre aber genauso weit (oder eng) gewesen wie er unter der Herrschaft des prPVG war. Ein Mißbrauch wäre mithin in gleicher Weise möglich gewesen.⁶⁾

Darüberhinaus wäre aber ein Mißbrauch selbst dann nicht auszuschließen gewesen, wenn man für die Aufgabenzuweisung auf eine "Generalklausel", wie sie Art.2 PAG⁷⁾ darstellt, verzichtet und stattdessen gezielte Aufgabenzuweisungen gewählt hätte:

In diesem Fall wäre der NS-Diktatur noch immer der Weg über Art.19 PAG⁸⁾ geblieben.⁹⁾ Die Verwaltungsbehörde - in

1) cf. Samper, a.a.O., Anm.5 und 8

2) cf. dazu und zum Folgenden Gintzel, S.22 ff

3) cf. z.B. den Führererlaß "Zur einheitlichen Zusammenfassung der polizeilichen Aufgaben im Reich" vom 17.6.1936, RGBl I,487

weitere Beispiele bei Rasch, DÖV 60,83 f

4) Da dem Beispiel das geltende bayerische Polizeirecht zugrunde gelegt wird, wird "Polizei" hier - abweichend vom sonstigen Vorgehen - für die Polizei im institutionellen Sinn gebraucht.

5) s. Anhang III

6) cf. dazu ausführlich Gintzel, S.22 f

7) s. Anhang III

8) s. Anhang III

9) cf. Gintzel, a.a.O.

+ und Ordnung

unserem Fall wären das die Kreis- und Ortsgruppenleiter gewesen.- hätte danach die "Polizei" zu einer Gewahrsamnahme anweisen können, ohne daß es im übrigen auf ein Vorliegen der Voraussetzungen des PAG angekommen wäre. Denn beim Polizeivollzugsakt nach Art.19 PAG handelt es sich nur um eine unselbständige Vollstreckungsmaßnahme, für die allein die anweisende Behörde die Verantwortung trifft.¹⁾

Auch die zu einer solchen Anweisung noch erforderliche Ermächtigung der anordnenden Behörde²⁾ hätte, wie die Erfahrungen gezeigt haben, keine Schwierigkeiten bereitet.³⁾

pp. Auch diese Überlegungen haben verdeutlicht, daß es allein eine Frage der Politik ist, ob ein Staat ein Rechtsstaat ist⁴⁾ und es mithin nicht angeht, den Wert oder Unwert einer Sache von der Möglichkeit ihres Mißbrauchs her zu beurteilen, da sich ein Mißbrauch letztlich nie ausschließen läßt. Dagegen ist auch keine noch so eindeutige und klare Rechtsnorm gefeit, bleibt es doch einem totalitären Regime selbst für den - kaum denkbaren - Fall, daß eine weitestgehende Auslegung einmal nicht zum gewünschten Ergebnis führen sollte, dann noch immer unbenommen, der Rechtsnorm das gewünschte Ergebnis unterzulegen.

qq. Somit erweisen sich die auf die Tatsache des unter dem NS-Regime erfolgten Mißbrauchs gestützten Einwände Berners⁵⁾ und der übrigen Autoren⁶⁾ gegen die hinreichende Bestimmtheit des Begriffs der "öffentlichen Ordnung" - gegen dessen Verwendung im Rahmen einer Aufgabenzuweisung sie

1) Samper, PAG, Art.19 Anm.2 ff

2) cf. dazu Samper, a.a.O.

3) cf. Kasch, a.a.O., 83 f

4) Samper, PAG Art.4 Anm.5
A.Mayer, a.a.O., 149 ff

5) cf. oben S.51, Fußn.2

6) cf. oben S.51, Fußn.2

im übrigen keine Bedenken haben - als Grundlage einer Verordnungsermächtigung nicht durchschlagend. Vielmehr ist der Begriff der "öffentlichen Ordnung" - der, wie auch die Generalklausel insgesamt, hinsichtlich Auslegung und Anwendung in vollem Umfange der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt¹⁾ - ebenso wie die Begriffe "Gefahr" und "öffentliche Sicherheit" durch langjährige Rechtsprechung und wissenschaftliche Ausformung soweit präzisiert worden, daß er als hinreichend bestimmt anzusehen ist.²⁾ Nicht zuletzt die Tatsache, daß unsere Verwaltungsgerichte Polizeiverordnungen auf ihre förmliche und sachliche Zulässigkeit mit durchaus der gleichen Treffsicherheit, wie sie in anderen Zweigen der Gerichtbarkeit erreicht wird, prüfen, beweist dies deutlich.³⁾

rr. Das hier vertretene Ergebnis scheint auch durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt zu werden. Denn wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 14.5.1969⁴⁾ die Strafbestimmung des § 366 Abs.1 Nr.11 StGB ("Grober Unfug") sogar im Hinblick auf Art.103 Abs.2 GG für verfassungsmäßig hält, läßt dies wohl nur den Schluß zu, daß es bei einer Entscheidung über die hinreichende Bestimmtheit der von der Generalklausel verwendeten Begriffe diese bejahen würde. Dafür spricht insbesondere auch, daß die dort gegebene Begründung des Bundesverfassungsgerichts - der Wortlaut der Bestimmung des § 366 Abs.1 Nr.11 StGB lasse zwar eine weite Auslegung zu, ihre Besonderheit bestehe jedoch darin, daß sie zum überlieferten Bestand an Strafrechtsnormen gehöre und durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hinreichend

1) cf. dazu Ule, BW VBl 56,68; Friauf, S.157

2) Drews-Wacke, S.45; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2 Rdnr.79

3) Wacke, DÖV 55,458

4) BVerfG JuS 69,490 (E 26,41 ff)

präzisiert worden sei¹⁾ - sich mit der Argumentation deckt, die hier für die hinreichende Bestimmtheit der in der Generalklausel enthaltenen Begriffe als überzeugend angesehen wurde.

Auch im übrigen kann dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts - es verweist beispielsweise zur Präzisierung der Bestimmung des § 366 Abs.1 Nr.11 StGB ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der der Tatbestand des "Groben Unfug" nur verwirklicht war, wenn in der Belästigung oder Gefährdung zugleich eine Verletzung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung zur Erscheinung kam²⁾ - nur geschlossen werden, daß das Bundesverfassungsgericht keine rechtsstaatlichen Bedenken gegen den Begriff "öffentliche Ordnung" hat³⁾, ihn vielmehr als hinreichend bestimmt ansieht.⁴⁾

ss. Mit der Feststellung der hinreichenden Bestimmtheit der in der Generalermächtigung enthaltenen Begriffe ist auch die Vereinbarkeit der Generalklausel als Verordnungsermächtigung mit den Anforderungen des Art.80 Abs.1 S.2 GG bezüglich der "Zweckbestimmung" festgestellt.

1) BVerfG 26,43

2) BVerfG, a.a.O., 43

3) cf. insoweit auch Erbel, a.a.O., S.480
H.H.Klein, a.a.O., S.234
Kupfer, S.368

4) Auch in anderen Entscheidungen hat das BVerfG den polizeilichen Begriff der "öffentlichen Ordnung" nie beanstandet, sondern ihn stets wie einen selbstverständlich gültigen Begriff zitiert und verwendet, so z.B. in:

BVerfG 8,149 f

28,146 ff

Gleiches gilt für die Rechtsprechung des BVerwG, cf.
z.B. BVerwG 17,182 (184)

26,135 (137)

26,116 (163 f)

b. Das Ausmaß

Die Bestimmung des Ausmaßes durch das Gesetz wird man abgesehen der stringenten Bestimmungen der Polizeigesetze, insbesondere hinsichtlich der bereits oben dargelegten Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit¹⁾, aber auch im Hinblick auf die in den Polizeigesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Heranziehung des Störers als unproblematisch ansehen dürfen.²⁾

c. Der Inhalt

Problematisch hingegen erweist sich die Frage nach dem Inhalt.³⁾

aa. Die Generalklausel ist in ihrer Anwendung nicht auf einen Lebensbereich festgelegt. Sie ist vielmehr auf die unterschiedlichsten Fallgestaltungen auf den verschiedensten Gebieten⁴⁾ anwendbar. Dieser "unthematische"⁵⁾ Charakter der Generalklausel gerade aber könnte es unmöglich machen, ihr einen bestimmten Inhalt zuzuweisen.⁶⁾

Versteht man nämlich, dem vom Bundesverfassungsgericht in neueren Entscheidungen zu Art.80 Abs.1 S.2 GG vorgezeichneten Weg folgend⁷⁾, als Inhalt der Ermächtigung die spezielle Materie, den Gegenstand, die vom Verordnungsgeber zu konkretisierende sachliche Regelung⁸⁾, so ist festzustellen, daß die Generalklausel in diesem Sinn ihren Inhalt nicht bestimmt.⁹⁾

1) cf. oben S.36

2) cf. Kupfer, S.376
Wacke, a.a.O., 458

3) cf. dazu und im folgenden auch Kupfer, S.369,375 ff

4) Dabei ist aber stets die Subsidiarität der Generalklausel zu beachten.

5) Köttgen, AÖR 90,225

6) Dieses Problem wird von Wacke, a.a.O., übergangen.

7) cf. z.B. BVerfG 26,16 (27 ff)
27,18 (35)
28,66 (84 ff)

8) cf. B.Wolff, AÖR 78,196: Inhalt ist die Regelung selbst.

9) Kupfer, S.377

Wesentliches Charakteristikum der Generalklausel -und gerade dadurch unterscheidet sie sich ja auch von einer Spezialermächtigung - ist ihre universelle Anwendbarkeit.¹⁾ Zu erfassen, woran der Gesetzgeber noch nicht gedacht hat²⁾, - gerade darin besteht ihre "innere Logik"³⁾. Geprägt und bestimmt durch ihre Funktion, die Gefahrenabwehr, erfaßt sie grundsätzlich jeden Bereich des sozialen Lebens und erhält so ihre Universalkompetenz.⁴⁾

An dieser, im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich bestehenden Unbestimmtheit vermag auch die durch Wissenschaft und Rechtsprechung erfolgte Präzisierung der von der Generalermächtigung verwendeten Begriffe nichts zu ändern. Dadurch wurde lediglich eine Präzisierung der Funktion und damit eine Verfeinerung der Generalklausel als rechtstechnisches Instrument erreicht, nicht aber wurde ihr Anwendungsgebiet begrenzt.⁵⁾

Diese "Nichtfestlegung" auf einen bestimmten Sachbereich, die insoweit bestehende Unbestimmtheit der Generalklausel, aber könnte einen Verstoß gegen die inhaltliche Bestimmtheit, wie Art.80 Abs.1 S.2 GG sie fordert, darstellen und somit zur Verfassungswidrigkeit der Generalklausel als Verordnungsermächtigung führen.⁶⁾

1) R.Scholz, DVBl 68,735
Kupfer, a.a.O.

2) Drews-Wacke, a.a.O., S.45

3) Erbel, a.a.O., 480
Kupfer, S.377

4) R.Scholz, a.a.O., 735

5) Kupfer, S.377

6) so z.B. F.Mayer, Eigenständigkeit, S.230
ders., AÖR 88,107 ff; ders., DVBl 59,449 ff
Titzck, SchlHA 52,41 f; ders., DÖV 55,453 ff
B.Wolff, AÖR 78,209
Zuleeg, DVBl 70,159
cf. zum Ganzen aber auch Kupfer, S.377 f

bb. Allein aus dieser, in ihrer "Allzuständigkeit" begründeten Unbestimmtheit sogleich einen Verstoß gegen das Bestimmtheitserfordernis des Art.80 Abs.1 S.2 GG mit der Folge der Verfassungswidrigkeit herzuleiten, erscheint zumindest solange voreilig, bis nicht geklärt ist, ob die Generalklausel mit ihrer Universalkompetenz¹⁾ tatsächlich den Erfordernissen des Art.80 Abs.1 S.2 GG widerspricht.²⁾

cc. Art.80 GG enthält eine Durchbrechung der Gewaltenteilung³⁾, eines tragenden Organisationsprinzips unserer Verfassung⁴⁾, indem er unter bestimmten, dort aufgeführten Voraussetzungen eine Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen auf die Exekutive ermöglicht. Dabei kommt dem Satz 2 des Abs.1 dieser Vorschrift wiederum die Aufgabe zu, die durch Satz 1 im Bereich der Rechtsetzung erlangte Macht der Exekutive zu begrenzen⁵⁾ und gleichzeitig die Verantwortung der Legislative zu stärken.⁶⁾

Das verfassungsrechtliche Ziel der Formel "Inhalt, Zweck und Ausmaß" besteht somit in der Wahrung des Prinzips der Gewaltenteilung in dem Sinne, daß es dem Gesetzgeber verwehrt wird, sich seiner Aufgaben durch die Erteilung von Pauschalermächtigungen an die Exekutive zu entäußern.⁷⁾ Es soll verhindert werden, daß eine Verla-

1) R.Scholz, a.a.O., 735

2) so auch Kupfer, S.378

3) cf. dazu Bachof, DÖV 52,49 f

F.Klein, Verordnungsermächtigungen, S.48 ff

Wolf, a.a.O., 195 ff

BVerfG 18,59

4) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.80 Anm.1

5) Schmidt-Bleibtreu-Klein, a.a.O., Anm.2

6) F.Klein, a.a.O., S.85

Schmidt-Bleibtreu-Klein, a.a.O.

7) BVerfG 7,282 (301); cf. auch Kupfer, S.380

gerung der Gesetzgebung auf die Verwaltung stattfindet.¹⁾ Der Inhalt der späteren verordnungsrechtlichen Regelung soll nicht nur pro forma, sondern auch tatsächlich auf den Willen des Parlaments zurückgeführt werden können.²⁾ Dem Parlament, der Legislative, soll damit eine "Flucht aus der Verantwortung" unmöglich gemacht werden.³⁾

Nach dieser Grundentscheidung unserer Verfassung muß also der Gesetzgeber überall dort, wo mit verordnungsrechtlichen Regelungen eine Veränderung der sozialen Verhältnisse im weitesten Sinn beabsichtigt ist, genau bezeichnen, was, zu welchem Zweck und in welchem Umfang geändert werden soll. Für jede Gestaltung und/oder Veränderung der sozialen Verhältnisse muß also die Legislative selbst Inhalt, Zweck und Ausmaß, also das "Programm", angeben.⁴⁾

Diese dem Art.80 Abs.1 S.2 GG zugrunde liegende Verfassungsentscheidung verliert aber dort ihren zwingenden Sinn, wo es nicht um Gestaltung, sondern um die Bewahrung bereits vorhandener Gegebenheiten des sozialen Lebens geht.⁵⁾ Hier gibt es kein Programm mehr, das es zu verwirklichen gilt. Die Zielvorstellung des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers erschöpft sich dann vielmehr in der Defensive. In diesem Fall ist aber auch das Ziel der Regelung mit dem Hinweis auf die aktuell bestehende Situation, auf die zu schützenden Rechtsgüter, sogar genauer und in einem höheren Maße meßbar beschrieben als mit der Angabe von Inhalt, Zweck und Ausmaß im

1) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.80 Rdnr.2

2) Kupfer, S.380

3) F.Klein, a.a.O., S.85

Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.80 Rdnr.2

4) So spricht das BVerfG des öfteren davon, daß der Gesetzgeber ein "Programm" geben müsse, daß durch die Verordnung erreicht werden solle, cf. z.B. BVerfG 8,274 (304); 20,257 (270); 26,16 (30) cf. insoweit auch Kupfer, S.378 ff

5) So Weber, DÖV 57,33 ff

Unter Berufung auf diesen auch Kupfer, S.381

Fall einer Gestaltung sozialer Verhältnisse.¹⁾

dd. Diese Überlegungen gelten im besonderen Maße für das Polizeirecht.

Das Polizeirecht setzt einen Normalzustand der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als gegeben voraus.²⁾

Dieser Normalzustand aber erschließt sich dem Verordnungsgeber aus den Gesetzen, der politischen Grundhaltung des Staates, den herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen, nicht zuletzt aber auch aus den von Rechtsprechung und Wissenschaft in jahrzehntelangen Bemühungen zu den Begriffen "öffentliche Sicherheit und Ordnung" herausgearbeiteten Grundsätzen. Hat aber somit der Verordnungsgeber diesen Normalzustand nicht zu gestalten und/oder zu verändern, sondern ihn lediglich vor Störungen und Gefahren zu schützen, so bedarf es hierfür keines "Programms" durch den Gesetzgeber.³⁾

ee. Die Richtigkeit dieser Überlegungen soll abschließend mit einem Hinweis auf das Strafrecht belegt werden, das hier, beim Rechtsgüterschutz im öffentlichen Interesse, seinen Berührungspunkt mit dem Polizeirecht hat.⁴⁾

Kennzeichnend für einen strafrechtlichen Tatbestand ist, daß er sich zwar jeweils auf ganz bestimmte Rechtsgüter bezieht, dabei aber in der Regel offenläßt, wie und wo dieser Tatbestand verwirklicht werden kann. Damit weisen diese strafrechtlichen Tatbestände die gleiche inhaltliche Unbestimmtheit auf, wie sie für die polizeiliche Generalklausel als Verordnungsermächtigung kennzeichnend ist. Im Strafrecht aber ist diese Tatbestandsbildung noch nie mit dem Argument angezweifelt worden, sie lasse den

1) Kupfer, S.381

2) cf. dazu oben S.21 ff

3) cf. zum Ganzen Weber, a.a.O., 85 f

4) cf. Kupfer, S.382

Erbel, a.a.O., S.479 f

"Inhalt" offen, weil nicht bestimmt sei, auf welchem Gebiet sich der Tatbestand verwirklichen könne, sie sei mithin zu unbestimmt.¹⁾

Reicht es aber im Strafrecht aus, die erforderliche inhaltliche Bestimmtheit eines Straftatbestandes durch die Angabe des zu schützenden Rechtsgutes als gewährleistet anzusehen, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb dies dann nicht erst recht bei nur präventivem Handeln der Verwaltung ausreichen sollte.²⁾ Dies um so mehr, als die Anforderungen, die Art.103 Abs.2 GG an das Maß der Bestimmtheit stellt, strenger und höher sind, als die Anforderungen des Art.80 Abs.1 S.2 GG.³⁾

2. Konnte somit gezeigt werden, daß auch die aus der "Universalkompetenz" der polizeilichen Generalklausel gegen ihre inhaltliche Bestimmtheit resultierenden Bedenken nicht durchschlagen, die Generalklausel als Verordnungsermächtigung vielmehr auch insoweit den Anforderungen des Art.80 Abs.1 S.2 GG entspricht, so kann nunmehr als Ergebnis dieser Untersuchungen zusammenfassend festgestellt werden:

Die polizeiliche Generalklausel entspricht als Verordnungsermächtigung den Anforderungen des Art.80 Abs.1 S.2 GG.

C. Die pol. Generalklausel als Verfügungsermächtigung und das Bestimmtheitsgebot

Die über die Generalklausel als Verordnungsermächtigung getroffene Entscheidung ist im Grunde auch gleichzeitig

1) cf. insoweit auch Kupfer, S.382

2) Kupfer, S.382
Erbel, a.a.O., S.479 f

3) Erbel, a.a.O., S.479 f
H.H.Klein, a.a.O., S.234
Kupfer, S.382

eine Entscheidung über die Vereinbarkeit der Generalklausel als Verfügungsermächtigung mit den Erfordernissen, die aus rechtsstaatlichen Erwägungen an ihre Bestimmtheit zu stellen sind.¹⁾

Wie bereits ausgeführt, gelten nämlich für die Generalklausel als Verfügungsermächtigung insoweit die gleichen Anforderungen, wie sie an die Generalklausel als Verordnungsermächtigung zu stellen waren. Allenfalls könnte hier die Ansicht vertreten werden, daß an die Generalklausel als Verfügungsermächtigung hinsichtlich der von ihr zu fordernden Bestimmtheit geringere Anforderungen zu stellen sind, weil für Verfügungsermächtigungen eine dem Art.80 Abs.1 S.2 GG entsprechende ausdrückliche Regelung im Grundgesetz fehlt. Keinesfalls sind aber, wie auch die einschlägige Rechtsprechung zeigt²⁾, an eine Verfügungsermächtigung höhere Anforderungen zu stellen.

Mithin steht fest, daß die Generalklausel auch als Verfügungsermächtigung den Anforderungen entspricht, die an sie hinsichtlich ihrer Bestimmtheit gestellt werden können.

D. Zusammenfassung und Ergebnis

Damit entspricht die Generalklausel sowohl als Verordnungs-, als auch als Verfügungsermächtigung der rechtsstaatlichen und für Verordnungsermächtigungen in Art.80 Abs.1 S.2 GG auch ausdrücklich normierten Forderung nach ausreichender Bestimmtheit.³⁾ Die Generalklausel ist insoweit verfassungsgemäß.

1) cf. dazu oben S.38 ff

2) cf. BVerfG 8,325 f
Bay VerfGH n.¹⁰. 1,91
BVerwG 4,35 f, 38

3) so im Ergebnis, Friesenhahn II, S.239 ff, 254 ff;
Lauritzen, LS, Art.33 Anm.2 für Schl.-H.;
Wacke, DÖV 55,456 ff m.w.N.

§ 6 Verfassungswidrigkeit der polizeilichen Generalklausel wegen verfassungsrechtlicher Unhaltbarkeit der in ihr enthaltenen (polizeilichen) Ordnungsfunktion?

A. Unvereinbarkeit der polizeilichen Ordnungsfunktion mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen?

Die Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel¹⁾ wird seit einiger Zeit²⁾ in der Literatur noch aus anderen Gründen, - wenngleich auch mehr indirekt - in Frage gestellt. Von diesen Autoren³⁾ wird dabei zwar in erster Linie gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung", den sie aus der polizeilichen Generalklausel eliminieren wollen, argumentiert. Da aber jeder Angriff auf einen der in der Generalklausel enthaltenen und sie entscheidend prägenden Begriffe letztlich auch immer ein Angriff auf die polizeiliche Generalklausel selbst ist, soll im folgenden auch diesen Vorwürfen nachgegangen und ihre Berechtigung geprüft werden.

Gegen den herkömmlichen polizeilichen Ordnungsauftrag und damit gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" sind insbesondere von Denninger⁴⁾ und Götz⁵⁾ schwerwiegende Be-

-
- 1) Die hier zu behandelnden Vorwürfe, die sich in erster Linie gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" richten, berühren in ihren Auswirkungen die polizeiliche Generalklausel sowohl als Verordnungs- als auch als Verfügungsermächtigung in gleicher Weise. Aus diesem Grunde kann insoweit eine Differenzierung unterbleiben, zumal sich auch bereits oben (S.38 f, 65 f) gezeigt hat, daß die zu stellenden Anforderungen im Grunde jeweils gleich sind.
 - 2) Die hier zu behandelnden Vorwürfe werden etwa seit Mitte der 60er Jahre erhoben.
 - 3) Hier sind vor allem Denninger und Götz, und ihm folgend Frotscher, zu nennen.
 - 4) Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, ders., ZRP 68,42 ff; ders., DRiZ 69,70 ff; ders. JZ 70, 145 ff
 - 5) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht

denken vorgebracht worden. Beide wollen sie zumindest den polizeilichen Ordnungsbegriff in der Sinnbestimmung, die die herrschende Meinung ihm gibt¹⁾, als verfassungsrechtlich unhaltbar aus dem polizeilichen Aufgabenkatalog streichen.²⁾

I. Der polizeiliche Ordnungsbegriff und das Demokratiegebot

1. Für Denninger³⁾ ist der Begriff "öffentliche Ordnung" zunächst überhaupt nur eine Leerformel, denn die inhaltliche Fixierung eines polizeilich zu garantierenden einheitlichen Ordnungsbildes sei heute zur Fiktion geworden.

2. Darüberhinaus beinhalte diese Leerformel auch einen "inneren Selbstwiderspruch"⁴⁾, denn die Interpretation der öffentlichen Ordnung gehe von der Maßgeblichkeit sozialethischer Mehrheitsansichten aus, bejahe dann aber andererseits auch wieder die Wandelbarkeit des Ordnungsbegriffes. Wie aber, so fragt Denninger, soll sich der Inhalt des Begriffs "öffentliche Ordnung" wandeln können, wenn man mit polizeilicher Prävention und Repression des ordnungswidrigen Minderheitsverhaltens wirklich ernst machen würde? Jeder der das Bestehende ändern wollte - und sei es auch auf legalem Wege - würde damit zwangsläufig von den geltenden Ordnungsvorstellungen abweichen und sich mithin dem polizeilichen Zugriff aussetzen.⁵⁾

1) cf. oben S.67 Fußn.4

2) cf. dazu Erbel, a.a.O., S.475 ff

HH.Klein, a.a.O., S.283 ff

Frotscher, Die polizeirechtliche Gesetzgebung in Schleswig-Holstein, S.9 ff

3) cf. oben S.67 Fußn.4

4) Denninger, Polizei, S.31

ders. ZRP 68,44; ders. JZ 70,148

5) Denninger, JZ 70,149

3. Diese "selbstwidersprüchliche"¹⁾ Leerformel sei aber auch mit dem Demokratiegebot unserer Verfassung unvereinbar, weil es die rechtsstaatlich gebotene Achtung vor Minderheitsauffassungen verbiete, die "öffentliche Ordnung einfachhin auf seiten der Mehrheit zu suchen".²⁾ Insbesondere im Bereich der geistigen Polizeigüter, d.h. auf dem Gebiet der Religion, Kunst, Sittlichkeit und Traditionen, müsse die Polizei auf die Festlegung und Durchsetzung eines einheitlichen Ordnungsbildes verzichten.³⁾ Nur das sei demokratisch und zugleich freiheitlich.⁴⁾

4. Zusammenfassend erhebt Denninger gegen die traditionelle Polizeilehre den Vorwurf, sie sei noch zu sehr der Rechtsstaatsidee der konstitutionellen Monarchie verhaftet.⁵⁾ Die Rechtswissenschaft habe den Zusammenhang von politischer Verfassung und Polizei ignoriert.⁶⁾ Vielmehr habe sie sich ganz auf die rechtsstaatlichen Grenzen der Polizei konzentriert⁷⁾, mit der Folge, daß die Rechtsgrundlagen der Polizei heute zwar rechtsstaatlich aber nicht demokratisch durchgebildet seien.⁸⁾ Insgesamt mache sich daher auf dem Gebiet des Polizeirechts das Fehlen einer freiheitlich-demokratischen Theorie der Polizei bemerkbar, was zu verhängnisvollen Verzerrungen der rechtsstaatlichen Prinzipien in der Polizeipraxis führe.⁹⁾

1) Erbel, a.a.O., S.477

2) cf. oben S.68 Fußn.4

3) Denninger, Polizei, S.32

4) Denninger, a.a.O., S.32

5) Denninger, Polizei, S.8

6) Denninger, a.a.O., S.13,25

7) Denninger, a.a.O., S.24

8) Denninger, a.a.O., S.8

9) Denninger, a.a.O., S.8 (Hervorhebung wie im Original)

11. Der polizeiliche Ordnungsbegriff und die Zulässigkeit der zwangsweisen Durchsetzung gesetzlich nicht fixierter Wertvorstellungen

Auch Götz¹⁾ fordert eine Totalaufgabe des Begriffs der "öffentlichen Ordnung".

1. Entscheidend für ihn ist, daß es sich bei der "öffentlichen Ordnung" inhaltlich um ungeschriebene Regeln, um Wertvorstellungen handelt, nicht aber um Rechtsnormen.²⁾

Die zwangsweise Durchsetzung von "Wertvorstellungen" einer überwiegenden "Mehrheit", die nicht die Qualität von Rechtsnormen besitzen, aber hält er für eine problematische und im Ergebnis verfassungsrechtlich unhaltbare Konstruktion.³⁾ Zwar sind auch für Götz "in der liberalsten Ordnung des Gemeinschaftslebens bestimmte Ordnungsnormen notwendig"⁴⁾ und ebenso zweifellos bedürfe der Schutz der individuellen Rechte und Rechtsgüter in vielen Fällen der Ergänzung eines Schutzes von Gemeinschaftswerten und Gemeinschaftsgütern.⁵⁾ Es verstehe sich aber keineswegs von selbst, daß diese Gemeinschaftsgüter und -werte schon deshalb für jedermann verbindlich sein sollten, weil eine nicht näher definierte Mehrheit der Bevölkerung sie als für verbindlich anzuerkennen geneigt sei.⁶⁾ Vielmehr sei die Etablierung von Gemeinschaftswerten und Gemeinschaftsgütern stets ein politischer Akt. Daher sei zu verlangen, daß der für die Umsetzung politischer Vorstellungen in für alle bindendes Recht vorgesehene Weg der parlamentarischen Gesetzgebung beschritten

1) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S.45

2) Götz, a.a.O., S.45 (Hervorhebung wie im Original)

3) Götz, a.a.O., S.46

4) Götz, a.a.O., S.46

5) Götz, a.a.O., S.46

6) Götz, a.a.O., S.46

werde.¹⁾

2. Im übrigen habe in allen Fällen, in denen ein berechtigtes Bedürfnis am Schutz von Ordnungsnormen tatsächlich bestehe, der Gesetzgeber dieses Bedürfnis auch längst erkannt und ihm dadurch Rechnung getragen, daß er die Ordnungsnormen in bindende Gesetznormen umgesetzt habe.

3. Im Ergebnis könne daher auf den Begriff der "öffentlichen Ordnung", wie er von der h.M. verstanden werde, verzichtet werden.

Allenfalls sei er haltbar, wenn man ihn - anders als die h.M. - als "rechtlich gesetzte öffentliche Ordnung", inhaltlich verbunden mit der öffentlichen Sicherheit, verstehe.²⁾

Dies aber kommt letztlich einer Totalrezeption des Begriffs "öffentliche Ordnung" im polizeilichen Sicherheitsbegriff gleich.³⁾

III. Der polizeiliche Ordnungsbegriff im Rahmen der Rechtsordnung

(1) Die "öffentliche Ordnung" und das Grundgesetz

Auf diese von den verschiedenen Seiten gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" - und somit letztlich gegen die Generalklausel - vorgebrachten Bedenken soll hier zunächst einmal nur soweit eingegangen werden, als sie die Vereinbarkeit dieses Begriffes mit dem Grundgesetz in Frage stellen.

1) Götz, a.a.O., S.46, so aber auch schon Bumbacher, S.30 ff cf. dazu Erbel, S.477

2) Götz a.a.O., S.46, aber auch Frotscher, a.a.O., S.10, der sich auch ausdrücklich auf Götz beruft. So (im Ergebnis) auch Achterberg, S.9 ff

3) cf. Erbel, S.477

a. Fragen nach der inneren Logik¹⁾ und praktischen Realisierbarkeit des Ordnungsbegriffes und der Generalklausel hingegen sind von der Frage der "rechtlichen Legitimität" streng zu trennen.²⁾

Soweit daher die praktische Realisierbarkeit oder die innere Logik des polizeilichen Ordnungsbegriffes von Götz und Denninger angesprochen und in Zweifel gezogen wurden, soll darauf erst an späterer Stelle eingegangen werden.³⁾

b. Was die rechtliche Legitimität des Ordnungsbegriffes betrifft, so soll hier zunächst einmal das geltende Recht herangezogen werden und versucht werden, hieraus Anhaltspunkte für oder gegen eine prinzipielle Beibehaltung des Begriffs "öffentliche Ordnung" zu gewinnen.⁴⁾

aa. Hierbei ist zunächst einmal festzustellen, daß sowohl die Landes- als auch der Bundesgesetzgeber in Generalklauseln⁵⁾ aber auch in zahlreichen Spezialregelungen⁶⁾ der Polizei stets und auch noch in jüngster Zeit⁷⁾ ausdrücklich Sicherheits- und Ordnungsaufgaben übertragen haben.

ab. Darüberhinaus findet sich der Begriff "öffentliche Ordnung" auch im Grundgesetz⁸⁾:

1) Erbel, a.a.O., S.480

2) cf. Erbel, a.a.O., S.480
H.H.Klein, a.a.O., S.239

3) cf. unten S.106 f

4) Erbel, a.a.O., S.478

5) cf. dazu die Zusammenstellung bei Götz, S.61 f
Kupfer, S.77 ff
für das bayerische Recht Samper, BayVBl 74, S.547
Auch in zwei neueren Gesetzen ist die Generalklausel wieder anzutreffen, so in § 2 Nr.6, § 14 Abs.4 AbfallG und § 52 Abs.2 und Abs.6 B ImSchG

6) cf. die Zusammenstellung bei Kupfer, S.81 ff
aber auch bei Samper, a.a.O.

7) Hier sind insbesondere das AbfallG v. 7.6.1972 (§§ 2 Nr.6, 14 Abs.4) und das Bundesimmissionsschutzgesetz vom 15.3.1974 (§ 52 Abs.2 und Abs.6) zu nennen.

8) Wie hier war er auch schon in früheren deutschen Verfassungen zu finden.

Hier ist einmal Art.13 Abs.3 GG zu nennen, der die Voraussetzungen für Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung festlegt und dabei die polizeilich zu wahrende "öffentliche Sicherheit und Ordnung" expressis verbis aufführt.

Die andere Bestimmung ist Art.35 Abs.2 GG, der die Länder berechtigt, zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" in Fällen von besonderer Bedeutung Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes zur Unterstützung ihrer Polizei anzufordern.

Damit aber hat sogar der Verfassungsgeber - wenn auch im besonderen Sachzusammenhang¹⁾ - grundsätzlich die Fortgeltung der herkömmlichen polizeilichen Ordnungsfunktion als rechtmäßig bejaht.²⁾

Daraus folgt, daß mit dem Vorwurf, die polizeiliche Ordnungsfunktion sei verfassungswidrig, insoweit gleichzeitig die Existenz verfassungswidrigen Verfassungsrechts behauptet wird.³⁾ Schon aus diesem Grunde wird man jeder Behauptung der Verfassungswidrigkeit des Begriffs der "öffentlichen Ordnung" besonders kritisch gegenüberzustehen haben und die vorgebrachten Argumente besonders sorgfältig prüfen müssen.⁴⁾

c. Betrachtet man nun im einzelnen die von Götz und Denninger gegen den Begriff der öffentlichen Ordnung vorgebrachten Bedenken, so läßt ihre Kritik zumindest in einem Punkte Übereinstimmung erkennen:

Sowohl Götz als auch Denninger bezweifeln, daß die "herrschenden Anschauungen über soziale Unerträglichkeiten"⁵⁾,

1) cf. dazu aber: Götz, a.a.O., S.52

2) cf. insoweit Erbel, a.a.O., S.478

a.A.: Götz, a.a.O., S.52 ohne weitere Begründung.

3) Auf diesen Aspekt hat bereits Erbel, a.a.O., S.478 hingewiesen.

4) cf. Erbel, a.a.O., S.478

5) Kirchhof, JuS 74,782

wie sie in Gestalt der "öffentlichen Ordnung" Eingang in die Generalklausel gefunden haben, heute noch den rechtsstaatlichen Anforderungen, die an ein polizeiliches Einschreiten zu stellen sind, genügen.¹⁾

In der Tat könnte es unserem heutigen, durch das Grundgesetz geprägten Rechtsstaatsverständnis widersprechen, wenn die Polizei eine Eingriffsermächtigung - und damit staatliche Gewalt - nicht allein durch Rechtsnormen, sondern auch - und sei es nur ergänzend - durch Wertvorstellungen eines überwiegenden Bevölkerungsteils erhält.²⁾

d. Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen muß daher zunächst einmal die Frage sein, ob es das Grundgesetz überhaupt zuläßt, daß der Polizei in Gestalt der "öffentlichen Ordnung" eine Ermächtigung zuteil wird, nicht positiv-rechtlich fixierte, sondern nur kraft gesellschaftlicher Anerkennung gemeinschaftsnotwendige Normen vor Verletzung zu schützen.³⁾

aa. Wie bereits dargelegt, enthält das Grundgesetz in den Art.18 Abs.3 und 35 Abs.2 GG eine Anerkennung des polizeilichen Ordnungsauftrages, die indes weitgehend formaler Natur ist.⁴⁾

bb. Ob daneben auch die materiellen Grundsatzaussagen unserer Verfassung den polizeilichen Ordnungsauftrag stützen, ist daher noch zu untersuchen.

Herstellung und Wahrung von öffentlicher Ordnung bedingen in der Regel eine Regulierung und Begrenzung der individuellen Freiheitsräume. Daher ist es naheliegend, die polizeiliche Ordnungsfunktion aus den verfassungsrechtli-

1) Frotscher, a.a.O., S.10

2) Kirchhof, a.a.O., S.782
Frotscher, a.a.O., S.10

3) cf. dazu Erbel, a.a.O., S.478

4) Erbel, a.a.O., S.478, insbesondere aber Götz, a.a.O., S.52

chen Elementarschranken der persönlichen Freiheit zu rechtfertigen.¹⁾

Als solche Elementarschranken kommen zunächst einmal die "Rechte anderer"²⁾ und die "verfassungsmäßige Ordnung"³⁾ - beide begrenzen gem. Art.2 Abs.1 GG das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung - in Betracht.⁴⁾

Daneben ist aber auch der Sozialstaatsauftrag des Art.20 Abs.1 GG in Verbindung mit der in Art.2 Abs.1 GG festgelegten Freiheitselementarschranke des Sittengesetzes zu nennen.⁵⁾

Schließlich soll in diesem Zusammenhang auch die in Art.1 Abs.1 GG getroffene verfassungsrechtliche Grundentscheidung, der Schutz der Menschenwürde, nicht unberücksichtigt bleiben.

aaa. Den Weg über die "Rechte anderer" versuchte insbesondere die Rechtsprechung⁶⁾ zu gehen.

Sie wollte die "öffentliche Ordnung" als Recht der Allgemeinheit und dieses wiederum als das "Recht" eines "anderen" im Sinne von Art.2 Abs.1 GG verstanden wissen.

Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, daß sie die Bedeutung des Begriffs "Rechte anderer" in Art.2 Abs.1 GG verkennt.

Unter den "Rechten anderer" sind hier nämlich nur die Rechte "gleichberechtigter anderer" zu verstehen.⁷⁾

1) Erbel, a.a.O., S.478

2) so z.B. Bad. VGH DVB1 51,635
OVG Hamburg MDR 50,695

3) so Dürig, AÖk 79,57 ff; ders., AÖk 81,117 ff; ders., NJW 54,1394 ff; cf. dazu aber auch Löhnert, S.99 ff

4) cf. dazu insoweit Erbel, a.a.O., S.479

5) so Erbel, a.a.O., S.479; ders., Das Sittengesetz, 342 ff

6) cf. dazu oben Fußn.2

7) cf. dazu oben Fußn.3

Mithin beinhaltet diese Wendung in Art.2 Abs.1 GG weder ein allgemeines öffentliches Interesse am noch ein staatliches Recht auf Schutz der öffentlichen Ordnung. Auf diesem Wege läßt sich die polizeiliche Ordnungsfunktion nicht rechtfertigen, diese Meinung ist daher abzulehnen.¹⁾

bbb. Für Dürig²⁾ wiederum stellt sich der polizeiliche Ordnungsauftrag als Postulat der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Art.2 Abs.1 GG dar:

Zwar sei die verfassungsmäßige Ordnung eine spezielle, nämlich nach Maßgabe des Grundgesetzes "verfaßte" Ordnung, sie umfasse aber mindestens incidenter auch "jene primitiven Ordnungsnormen, die in allen Kulturstaaten zur Wahrung eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens unerlässlich"³⁾ seien.⁴⁾

Gegen die auf den ersten Blick bestechende Argumentation Dürigs sind aber zumindest deshalb Zweifel anzumelden, weil die "verfassungsmäßige Ordnung"⁵⁾ sich stets als eine durch staatliches Gesetz geregelte Ordnung darstellt. Damit aber steht sie im unvereinbaren Gegensatz zur "öffentlichen Ordnung", die durch Wertvorstellungen geprägt ist, also gerade "nichtverrechnet" ist.⁶⁾

Eine - wenn auch nur mittelbare - Begründung der polizeilichen Ordnungsfunktion aus dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" ließe sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn feststände, daß eine funktionierende verfassungsmäßige Ord-

1) cf. insoweit Erbel, a.a.O., S.479, cf. aber auch Löhnert, S.98 f

2) Dürig, a.a.O., S.65 ff; ders. in: Mannz-Dürig-Herzog, Art.2 Rdnr.75
im übrigen oben S.75 Fußn.3

3) cf. oben Fußn.2

4) dazu cf. Erbel, a.a.O., S.479

5) Hierbei ist es unerheblich, ob man den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" als Verfassungsgrundlagenordnung, also eng - so Dürig - versteht, oder aber wie das BVerfG (grundlegend BVerfG 6,32) als verfassungsgemäße Rechtsordnung, und damit weit.

6) Erbel, a.a.O., S.479

nung ohne den Schutz eines Unterbaus an nichtverrechtlichten sozialen Ordnungsnormen entweder schlechthin unvorstellbar oder aber zumindest nicht realisierbar wäre.¹⁾ Dies erscheint angesichts des heute schon erreichten Standes der gesetzlichen Absicherung der meisten Gemeinschaftsgüter und -werte und der immer weiter voranschreitenden "Gesetzesperfektionierung" zumindest höchst fraglich.²⁾

ccc. Erbel³⁾ nun sieht im Sozialstaatsauftrag des Art. 20 Abs.1 GG in Verbindung mit der in Art.2 Abs.1 GG festgelegten Freiheitselementarschranke des "Sittengesetzes" den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Ableitung einer Polizeiermächtigung zum Schutze nicht verrechtlichter sozialer Ordnungsnormen: Das Verfassungsziel des Sozialstaates berechtige und verpflichte den Staat zur Sorge für die gedeihliche Entwicklung des Gemeinwesens. Dazu gehöre nicht nur das Wirken für soziale Gerechtigkeit und sozialen Ausgleich, sondern als Vorstufe auch und zunächst die Gewährleistung des Maßes an Ordnung des sozialen Zusammenlebens, das für einen störungsfreien, gemeinverträglichen Ablauf der gesellschaftlichen Lebensprozesse unverzichtbar sei.

Soweit nun zu dieser notwendigen Ordnung nach gesellschaftlichem Konsensus auch die Einhaltung gewisser über die Rechtsordnung hinausgehender sozialetischer Normen gehöre, sei der "Sozial"-Staat berechtigt, die Einhaltung auch dieser Normen rechtlich zu verlangen und zu garantieren.

Das Sittengesetz aber sei die Transformationsstelle, die es gestatte, rein sozialetische Normen, deren Schutz der Sozialstaat erheische, in individuelle Freiheitsbin-

1) Erbel, a.a.O., S.479

2) so auch Erbel, aa.O., S.479

3) Erbel, Das Sittengesetz, S.342 ff
ders., DVBl 72,479

dungen umzusetzen. Es, das Sittengesetz, repräsentiere in der Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG diejenige Freiheitselementarschranke, die als einzige für die Rezeption nicht verrechtlichter, rein sozialetischer Normen geeignet und darüberhinaus auch speziell prädestiniert sei.¹⁾

Der von Erbel vorgeschlagene Weg erscheint zunächst einmal insoweit gangbar, als er das "Sittengesetz" als "Transformationsstelle" heranzieht.

Bedenken müssen aber gegen den von ihm gewählten "Anknüpfungspunkt" des Sozialstaatsauftrags erhoben werden.

Vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung des materiellen Polizeibegriffs und damit des Polizeirechts überhaupt²⁾ erscheint die Ableitung einer Polizeiermächtigung zum Schutz der "öffentlichen Ordnung" aus dem Sozialstaatsauftrag zumindest bedenklich.

So war schon für Svarez³⁾ die "Beförderung der Glückseligkeit", d.h. aber in unserem heutigen Sprachgebrauch die Entwicklung zum Sozialstaat, nur noch in dem Sinne Aufgabe der Polizei als sie dem "ersten und höchsten Zweck", der Erhaltung der Sicherheit, diene.⁴⁾

Endpunkt dieser Entwicklung war schließlich die Eliminierung des Wohlfahrtszweckes aus dem Polizeibegriff und damit die Beschränkung der Polizei allein auf die "Gefahrenabwehr".⁵⁾

1) Erbel, Das Sittengesetz, S.343; ders., DVBl 72,479

2) cf. dazu Vogel, Polizeirecht, S.375 ff

3) Svarez in seinen Kronprinzenvorträgen, in: Vorträge über Recht und Staat, S.36 ff, 39; ders., Über den Zweck des Staats, a.a.O., S.640 ff

Aber auch schon für J.G.Darjes, den Lehrer C.G.Svarez, bestand der ursprüngliche Staatszweck allein in der Gewährleistung der Sicherheit. Erst als weitere Folgerung daraus sollte der Staat "um der Sicherheit willen" auch für das glückliche Leben seiner Bürger zu sorgen haben. cf. dazu Vogel, a.a.O., S.376

4) Svarez, a.a.O., S.464

5) cf. z.B. R.Scholz, DVBl 68,735

Vogel, a.a.O., S.379

Werner, DVBl 57,807

An den Sozialstaatsauftrag zum Zwecke der Ableitung einer Polizeiermächtigung zum Schutz nicht verrechtlichter Ordnungsnormen anknüpfen¹⁾, hieße damit zumindest an einer "Sekundärfunktion" anknüpfen, falls eine solche Anknüpfung im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung des Polizeirechts nicht überhaupt bedenklich ist oder ihr sogar zuwiderläuft.

Eine genauere Betrachtung der Argumentation von Erbel zeigt im übrigen, daß auch er nur formal an den Sozialstaatsauftrag anknüpft. Dies wird deutlich, wenn er die Verpflichtung des Staates zur Sorge für eine gedeihliche Entwicklung des Gemeinwesens damit begründet; daß das Verfassungsziel des Sozialstaates "als Vorstufe für diese höheren Formen sozialstaatlicher Fürsorge auch und zunächst die Gewährleistung des Maßes an Ordnung des sozialen Zusammenlebens, das für einen störungsfreien, gemeinverträglichen Ablauf der gesellschaftlichen Lebensprozesse unverzichtbar"²⁾ sei, erheische.

ddd. Erweist sich somit die Anknüpfung an den Sozialstaatsauftrag in der Argumentation von Erbel doch nur als rein formal, so sollte ganz auf diesen - und im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung zumindest bedenklichen - Umweg verzichtet werden.

Besser und sachgerechter ist es vielmehr, als Anknüpfungspunkt die Primärfunktion, den "ersten und höchsten Zweck" eines jeden Staates zu wählen, gegebenfalls dann auch in Verbindung mit der Freiheitsschranke "Sittengesetz" des Art.2 Abs.1 GG.

Essentielle Grundfunktion jeder Staatlichkeit ist der Ausschluß des "Naturzustandes"³⁾, der Selbsthilfe und Ge-

1) so aber Erbel, Das Sittengesetz, 342 ff
ders., DVBl 72, 479

2) Erbel, a.a.O., S.479

3) Vogel, a.a.O., S.380

walt, mithin die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Diese ist elementare Aufgabe und Pflicht jedes Staates¹⁾, auch desjenigen des Grundgesetzes, für den dieser Staatszweck noch besonders in Art.1 Abs.1 GG zum Ausdruck kommt:²⁾

Das Bekenntnis zur unantastbaren Würde jedes Menschen, und das Gebot an alle staatliche Gewalt, sie zu achten und zu schützen gilt danach als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts; von ihr empfangen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung Richtlinien und Impulse.³⁾ Dieses "leitende Prinzip unserer Verfassungsordnung"⁴⁾ gewährt ein absolutes Recht auf Unterlassung jedes Eingriffs Dritter und verpflichtet den Staat zum Schutz seiner Bürger.⁵⁾ Hierbei handelt es sich aber nicht nur um "eine" Verpflichtung des Staates, sondern um die Umschreibung des Staatszwecks schlechthin.⁶⁾

Aus dieser Verpflichtung des Staates zum Schutz der Menschenwürde ergibt sich somit auch ein Anspruch des einzelnen auf ein positives Tätigwerden des Staates in allen Fällen einer Verletzung der Menschenwürde.⁷⁾ Andererseits aber muß auch jedermann als gemeinschaftsbewußter und gemeinschaftsbezogener Bürger staatliche Maßnahmen hinnehmen,

1) Loschelder, DVBl 57,822
Samper, Bay VBl 74,545
R.Scholz, a.a.O., S.735
Vogel, a.a.O., S.380

2) Hamann-Lenz, GG, S.54

3) BVerfG 6,36
Schmidt-Bleibtreu-Klein, Vorbemerkung Art.1 Rdnr.8, 15
Art.1 Rdnr.1; cf. dazu Zippelius, BK, Art.1 Rdnr.26

4) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Vorbemerkung Art.1 Rdnr.17

5) BVerfG 1,104
Bay VerfGH n.F. 1,32
Wintrich, Bay VBl 58,97

6) Hamann-Lenz, GG, S.54

7) Aus dem gegen den Staat gerichteten Achtungsanspruch ergibt sich folgerichtig auch ein gegen den Staat gerichteter Anspruch auf positives Tun, also auf Abwehr, für die Fälle, in denen der Achtungsanspruch aus der außerrechtlichen Sphäre heraus, sei es durch einzelne Private, sei es durch gesellschaftliche Kollektive, angegriffen wird. cf. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.1 Abs.1 Rdnr.2 m.w.N.

die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes erfolgen, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen.¹⁾ Das Grundgesetz hat insoweit die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und der Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert in Frage zu stellen.²⁾

Daraus aber folgt:

Der Staat muß alle ihm zu Gebote stehenden Mittel einsetzen, wenn die Menschenwürde des einzelnen von anderer Seite angetastet wird. Es ist daher die Aufgabe gerade des freiheitlichen Rechtsstaates des Grundgesetzes, den inneren Frieden zu sichern und das Faustrecht, d.h. die Selbsthilfe des Stärkeren durch eine Verhaltensordnung, d.h. den Schutz des Schwächeren, abzulösen.³⁾

Ein Staat mit dieser Zielsetzung hat aber das Maß an Ordnung des sozialen Zusammenlebens zu gewährleisten, das für einen störungsfreien, gemeinverträglichen Ablauf der gesellschaftlichen Lebensprozesse notwendig ist und die der Achtungsanspruch der Menschenwürde des einzelnen erfordert.⁴⁾

Soweit dabei zur Aufrechterhaltung und Gewährleistung dieser Ordnung nach mehrheitlicher, gesellschaftlicher Auffassung auch die Einhaltung gewisser über die geschriebene Rechtsordnung hinausgehender sozialetischer Normen ge-

1) BVerfG 27,357
Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.1 Rdnr.15
cf. auch Zippelius, BK, Art.1 Rdnr.27 ff

2) BVerfG 4, 7 (15 ff)
8,329
Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.1 Rdnr.16
Zippelius, BK, Art.1 Rdnr.27

3) Kirchhof, JuS 74,782
Samper, Bay VBl 74,545

4) cf. dazu Erbel, a.a.O., S.479

hört, ist der Staat aber nicht nur berechtigt, sondern vielmehr sogar verpflichtet, die Einhaltung dieser Normen zu verlangen und dieses Verlangen gegebenenfalls durchzusetzen.¹⁾

Der einzelne wiederum hat damit verbundene bzw. dadurch bedingte, erforderliche Einschränkungen seiner Sphäre hinzunehmen.²⁾

Dieses alles ergibt sich aus dem Staatszweck, wie er auch in der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung des Art.1 Abs.1 GG zum Ausdruck kommt.³⁾

Unerörtert bleiben kann in diesem Zusammenhang, ob Art.1 Abs.1 GG als ein subjektiv öffentliches Recht⁴⁾ oder als eine Norm objektiven Rechts⁵⁾ anzusehen ist, da Art.1 Abs.1 GG in jedem Fall eine unbedingte Richtschnur für alles staatliche Handeln bildet.⁶⁾

Zwar scheidet für den Fall, daß man in Art.1 Abs.1 GG kein subjektiv öffentliches Recht sieht, die "Achtung der Menschenwürde" als gleichzeitige "Transformationsstelle" für die Ableitung einer Polizeiermächtigung zum

-
- 1) cf. Erbel, a.a.O., S.479
im Ergebnis auch Drews-Wacke, S.74
Kirchhof, a.a.O., S.782
 - 2) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.1 Rdnr.15 f
 - 3) cf. Hamann-Lenz, GG, S.54
 - 4) so Nipperdey, Die Grundrechte, Bd.II, S.11 ff
Hamann, GG, S.72
Löw, DÖV 58,516
Hildegard Krüger, NJW 53,1712
dies., NJW 55,550
 - 5) so insbesondere Dürig in Maunz-Dürig-Herzog,
GG, Art.1 Rdnr.4 m.w.N.
 - 6) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.1 Rdnr.13
cf. dazu auch Zippelius, BK, Art.1 Rdnr.31 ff

Schutz nicht verrechtlichter Ordnungsvorstellungen - nicht aber als "Anknüpfungspunkt" - aus. In diesem Fall nimmt dann aber zumindest Art.2 Abs.1 GG als subjektiv öffentliches Recht "den Inhalt des Art.1 Abs.1 GG in vollem Umfang in sich auf".¹⁾ "Transformationsstelle" ist dann, wie von Erbel bereits überzeugend dargelegt²⁾, "das Sittengesetz, das - richtig verstanden - in der Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG diejenige Freiheitsschranke repräsentiert, die ... für die Rezeption nicht verrechtlichter, rein sozialetischer Normen geeignet"³⁾ ist.

e. Zusammenfassend läßt sich somit hier festhalten: Entgegen der Ansicht von Denninger und Götz gestattet es das Grundgesetz, daß der Polizei in Gestalt der "öffentlichen Ordnung" eine Ermächtigung zuteil wird, nicht positiv-rechtlich fixierte, lediglich auf gesellschaftlicher Anerkennung beruhende gemeinschaftsnotwendige Normen vor Verletzung zu schützen.

Dies ergibt sich aus dem Staatszweck, wie er für den Staat des Grundgesetzes zudem in Art.1 Abs.1 GG zum Ausdruck kommt.

Sowohl Denninger als auch Götz lassen bei ihrer Kritik am Begriff der "öffentlichen Ordnung" außer acht, daß es der jedem Staat und damit jeder Verfassung zugrunde liegende Staatszweck⁴⁾ gebietet, auch gesetzlich nicht fixierte Ordnungsvorstellungen einer gesellschaftlich relevanten Mehrheit zu schützen und damit als rechtsver-

1) Wintrich, Grundrechte, S.31 f
aber auch Dürig, a.a.O.; cf. auch Zippelius, BK, Art.1 Rdnr.33

2) Erbel, a.a.O., S.479

3) Erbel, Sittengesetz, S.343

Erbel, DVBl 72,479

4) cf. dazu Vogel, a.a.O., S.375 ff

bindlich anzuerkennen.¹⁾

f. Im folgenden ist nunmehr noch auf die weiteren, sowohl von Denninger als auch von Götz gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" vorgebrachten Argumente einzugehen. Da hierbei, im Gegensatz zu dem ersten, bereits behandelten Einwand Gemeinsamkeiten nicht ohne weiteres erkennbar sind, soll die Auseinandersetzung jeweils getrennt erfolgen.

aa. Was die von Götz vertretene Auffassung im übrigen betrifft, so verkennt sie die tatsächliche Unmöglichkeit, die sich aus ihr für den Gesetzgeber ergibt.

Wo immer nämlich der Gesetzgeber, dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit folgend²⁾, eine umfassenden und lückenlosen Schutz gewährende Kodifizierung erstrebt, muß eine bis ins einzelne gehende Spezialregelung schon deshalb versagen, weil der Gesetzgeber nicht

1) Geht man den Weg Erbels, so ist Götz vorzuwerfen, daß dann bei ihm das zumindest konkurrierende Verfassungsziel der Sozialstaatlichkeit, wie es Erbel versteht, außer Betracht bleibt. cf. dazu Erbel, a.a.O., S.479

Im übrigen sei in diesem Zusammenhang noch auf den ähnlich gelagerten Fall der ungeschriebenen Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsgrundsätze erinnert, die sich entwickelten bzw. entwickelt wurden und die von der Rechtsprechung - trotz fehlender Kodifizierung - als "Rechtsquellen gleichen Rechtes (Ranges?) wie das Gesetz" (OVG Münster, Verw.Rspr. XVIII, 82 ff (86)) angesehen wurden und werden.

cf. dazu insbesondere Herbert Krüger, Der Verfassungsgrundsatz, S.192 ff, der zum Ergebnis kommt, daß sich die Verfassungsgerichtsbarkeit immer mehr in dezisionistischen Formeln bewegt, ohne diese Dezision zu erläutern oder zu erklären (Herbert Krüger, a.a.O., S.208 f).

2) cf. Vogel, a.a.O., S.384 f
ihm folgend Kirchhof, a.a.O., S.782

jede mögliche Störung voraussehen kann.¹⁾ Will also ein Staat dieser seiner Aufgabe²⁾ gerecht werden, so bleibt ihm letztlich nur die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe³⁾, eine "Flucht in die Generalklausel".⁴⁾ Dies umso mehr, wenn dabei die vollständige inhaltliche Erfassung sozialetischer Normen erforderlich wird, kennzeichnet diese doch geradezu ihre vielfältige Wandelbarkeit.⁵⁾ Eine hier allenfalls mögliche spezialgesetzliche Auffächerung nach sozialetischen Schutzrichtungen würde das Problem nur verschieben.⁶⁾ Aus einer "großen" Generalklausel würden dann "mehrere" kleine⁷⁾ - mithin ein fragwürdiger Gewinn an materieller Rechtsstaatlichkeit.

Damit aber erweisen sich die von Götz gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" vorgetragenen Bedenken insgesamt als nicht durchschlagend.

1) cf. dazu schon Locke, Two Treatises of Government, II §§ 159, 160: "Many things there are, which the Law can by no means provide for ... Many accidents may happen, wherein a strict and rigid observation of the Law may do harm ... In some governments the Lawmaking Power is not always in being, and is usually too numerous, and so too slow, for the dispatch requisite to Execution: and because also it is impossible to foresee, and so by laws to provide for, all Accidents and Necessities ... therefore there is a latitude left to the Executive power, to do many things of choice, which the Laws do not prescribe."

2) cf. auch Vogel, a.a.O., S.385

3) H.H.Klein, a.a.O., S.240

4) Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln

5) Erbel, a.a.O., S.479

6) so H.H.Klein, a.a.O., S.240

Erbel, a.a.O., 479

7) Erbel, a.a.O., S.479

bb. Bei näherer Prüfung der von Denninger¹⁾ noch aufgeführten Bedenken und Einwände gegen den Begriff der "öffentlichen Ordnung" fällt zunächst einmal auf, daß Denninger insgesamt widersprüchlich argumentiert.²⁾

Einerseits wirft er der traditionellen Polizeirechtslehre vor, daß sie sich ganz auf die "rechtsstaatlichen Grenzen der Polizeigewalt" konzentriert habe, mit der Folge, daß die Rechtsgrundlagen der Polizei zwar "rechtsstaatlich, aber nicht demokratisch durchgebildet" seien.³⁾ Im folgenden aber stützt er seine Kritik am herkömmlichen Ordnungsbegriff nun aber nicht auf demokratische, sondern vielmehr auf rechtsstaatliche Bedenken, wenn er argumentiert, "die rechtsstaatlich gebotene Achtung der Meinungen auch der Minderheit verbiete es, öffentliche Ordnung einfachhin auf seiten der Mehrheit zu suchen."⁴⁾

Im Ergebnis freilich greifen weder die rechtsstaatlichen noch die demokratischen Bedenken Denningers durch: Die rechtsstaatlichen Bedenken fangen schon deshalb nicht, weil durch den Rechtstitel "öffentliche Ordnung" nicht bestimmte Meinungsinhalte unterdrückt werden dürfen, sondern allenfalls deren Geltendmachung im Hinblick auf ihre Gemeinverträglichkeit reglementiert werden kann.⁵⁾ Mithin bleibt es jedem Bürger unbenommen, im Rahmen der Grundrechte auf eine Änderung der "öffentlichen Ordnung" und der ihr zugrunde liegenden herrschenden Anschauungen

1) cf. die Nachweise oben S.67 Fußn.4

2) insbesondere Denninger, Polizei, S.31
cf. dazu Erbel, a.a.O., S.480
H.H.Klein, a.a.O., S.239
Vogel, a.a.O., S.384

3) Denninger, a.a.O., S.13 f, 24 ff

4) Denninger, a.a.O., S.31
cf. dazu auch Erbel, a.a.O., S.480
H.H.Klein, a.a.O., S.239
Vogel, a.a.O., S.384

5) cf. H.H.Klein, a.a.O., S.239

hinzuwirken.¹⁾ Damit erledigt sich auch der Vorwurf Denningers²⁾, der polizeiliche Ordnungsbegriff müsse im Bereich der geistigen Schutzgüter die Durchsetzung eines einzigen uniformen Ordnungsbildes implizieren.³⁾ Was nun die demokratischen Bedenken Denningers angeht, so erscheint es unverständlich, weshalb die herrschende Auslegung des Begriffs "öffentliche Ordnung" - danach wird der Inhalt der "öffentlichen Ordnung" prinzipiell von einer Mehrheitsauffassung her bestimmt⁴⁾ - undemokratisch sein sollte.⁵⁾ Vielmehr ist sie in dieser durch die herrschende Meinung erfolgten Ausgestaltung gerade Ausdruck eines "fundamental demokratischen Grundsatzes".⁶⁾

g. Nach alldem bleibt somit nur festzustellen, daß weder die Einwände von Götz noch die von Denninger im Ergebnis geeignet sind, die Verfassungsmäßigkeit des Begriffs der "öffentlichen Ordnung als Grundlage einer polizeilichen Ermächtigung in Frage zu stellen. Der Begriff der "öffentlichen Ordnung", seine Verwendung in der polizeilichen Generalklausel, entspricht den rechtsstaatlichen Anforderungen.

(2) Die "öffentliche Ordnung" und ausländische Rechtsordnungen

Ein rechtsvergleichender Blick auf andere Staaten bestätigt dieses Ergebnis, zeigt sich dabei doch, daß fast alle

1) so im Ergebnis: H.H.Klein, a.a.O., S.239

2) so im Ergebnis: Erbel, a.a.O., S.480

3) cf. Denninger, a.a.O., S.32; dazu: Erbel, a.a.O., S.480

4) cf. oben S.24

5) Erbel, a.a.O., S.480

6) Erbel, a.a.O., im Ergebnis auch: H.H.Klein, a.a.O., S.239; Vogel, a.a.O., S.384

- unabhängig von den bestehenden ideologisch-politischen Differenzen - die "öffentliche Ordnung" als staatliches Schutzgut anerkennen.¹⁾

So findet sich die "öffentliche Ordnung" im anglo-amerikanischen Recht in der Formel "public safety and order"²⁾, in Frankreich in der Wendung "la sûreté et le bon ordre publiques".³⁾ Des weiteren findet sich dieser Begriff im österreichischen⁴⁾, schweizerischen⁵⁾ und im italienischen Recht⁶⁾, aber auch die UdSSR⁷⁾, Jugoslawien⁸⁾ und die DDR⁹⁾ verwenden ihn.

Will man also nicht all diese Staaten als "nicht rechtsstaatlich" abqualifizieren, bleibt als Ergebnis nur die Feststellung, daß der Begriff "öffentliche Ordnung" als staatliches Schutzgut und damit als Grundlage für eine Ermächtigung rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht.

B. Zusammenfassung und Ergebnis

Mit der Feststellung, daß der Begriff der "öffentlichen Ordnung" - entgegen den insbesondere von Götz und Denninger geäußerten Bedenken - den rechtsstaatlichen Anforderungen des Grundgesetzes gerecht wird, ergibt sich als abschließendes Ergebnis:

Die polizeiliche Generalklausel entspricht in ihrer durch die unbestimmten Rechtsbegriffe "Gefahr" für die "öffentliche Sicherheit und Ordnung" geprägten Ausgestaltung auch als Ermächtigungsgrundlage allen verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes.

1) cf. Erbel, a.a.O., S.478

2) Loschelder, DVB1 57,821; Erbel, a.a.O.

3) Erbel, a.a.O.

4) cf. Loschelder, a.a.O., 821

5) cf. Bumbacher, Die öffentliche Ordnung, eine Schranke der Freiheitsrechte, S.5 ff; Dürr, S.46 ff

6) cf. Erbel, a.a.O., S.478

7) cf. Erbel, a.a.O., S.478

8) Schweißguth, S.92

9) Lüers, S.30 ff

Dritter Abschnitt: Vergleich des Generalermächtigungs-
systems und des Spezialermächtigungs-
systems im Hinblick auf ihre Entspre-
chung mit den verfassungsrechtlichen
Anforderungen.

§ 7 Generalermächtigung und Spezialermächtigung im Hin-
blick auf die Anforderungen eines freiheitlichen
Rechtsstaates

Könnte die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel auch bejaht werden, so bleibt damit aber noch offen, ob nicht ein System isolierter Spezialermächtigungen, das an die Stelle der Generalklausel tritt, dem "Wesen des Rechtsstaates" besser entspricht und mehr zur Garantie der persönlichen Freiheit des einzelnen beiträgt.¹⁾

Zumindest aus diesem Grunde, so wird von den Vertretern des Spezialermächtigungsprinzips²⁾ vorgebracht, sei ihrem System der Spezialdelegation der Vorzug zu geben.

A. General- und Spezialermächtigungssystem und ihr Ver-
hältnis zum "Wesen des Rechtsstaats"

1. Was den ersten Punkt dieser Behauptung angeht, so ist man geneigt, dem Spezialermächtigungssystem zuzubilligen, daß es dem Rechtsstaat besser entspricht: Im Rechtsstaat soll jeder Eingriff der öffentlichen Gewalt für den Staats-

1) cf. Belz, DÖV 74, 768

2) so z.B. Samper, Bay VBl 74, 545 ff
Schlez, BW VPr 74, 122 ff

bürger möglichst genau berechenbar sein. Die Rechtslage soll für den Betroffenen möglichst klar erkennbar sein, so daß er sein Verhalten danach einrichten kann.¹⁾

Diesen Erfordernissen aber scheint ein System von Spezialermächtigungen weit besser Rechnung tragen zu können als eine Generalermächtigung, kann doch durch eine spezielle Regelung mit eindeutigen, aus sich heraus verständlichen Begriffen grundsätzlich eine größere "Rechtschaffenheit"²⁾ erzielt werden und damit jede staatliche Machtäußerung leichter meßbar und voraussehbar gemacht werden.³⁾

2. So klar und einleuchtend dieses Ergebnis in der theoretischen Überlegung erscheint, so wenig trifft es in der Praxis zu.

Hier zeigt sich vielmehr - und zwar gerade auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr -, daß auch beim Spezialermächtigungsprinzip diese "Rechtschaffenheit" letztlich nicht erreicht wird, da auch hier der Gesetzgeber auf unbestimmte Rechtsbegriffe nicht verzichten konnte. Vielmehr mußte er - wie konkrete Beispiele zeigen⁴⁾ - auf Begriffe wie "das öffentliche Interesse", den unbestimmtesten aller unbestimmten Rechtsbegriffe⁵⁾, zurückgreifen, um seiner Aufgabe, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung⁶⁾, gerecht werden zu können.

1) BVerfG 21,75

2) Werner, DVBl 57,809 f

3) cf. dazu Gintzel, S.40 ff, 85

4) cf. z.B. Art.5 Abs.2 Z.3c PAG (Anhang III)

5) Ule, BW VBl 56,68

6) cf. Art.2 PAG (Anhang III)

dazu aber auch Samper, a.a.O., S.545, der feststellt, daß der Staat als solcher letztlich (nur) zur Erfüllung der Sicherheitsaufgabe existent sei.

Dies bedeutet im Ergebnis aber nichts anderes, als daß beim Spezialermächtigungsprinzip aus einer großen Generalklausel mehrere kleine gemacht werden.¹⁾ Das Problem, daß die Generalklausel aufweist, wird mithin durch das System der Spezialdelegation in der Praxis nicht gelöst, sondern nur verschoben.²⁾ Das Spezialermächtigungssystem bringt mithin keinen Gewinn an Rechtsstaatlichkeit, sondern bedeutet sogar eher noch eine Verschlechterung. Dies deshalb, weil die durch das Spezialermächtigungsprinzip zwangsläufig bedingte "Wucherung von Paragraphen" die zu regelnde bzw. geregelte Materie unübersichtlicher werden läßt.³⁾ Damit aber wird es für den einzelnen im Ergebnis noch schwerer, Eingriffe der öffentlichen Gewalt vorauszuberechnen.⁴⁾

3. Hier erweist sich vielmehr der Weg, den schon der preußische Gesetzgeber gegangen ist, als der bessere, d.h. rechtsstaatlichere:

Der - subsidiär geltenden - Generalklausel ließ er für besonders scharfe Eingriffe in die Freiheitsrechte spezielle Regelungen folgen. So konnte er die Vorteile, die die "Rechtsoffenheit" spezieller Regelungen bieten kann, nutzen, ohne daß gleichzeitig die Rechtsstaatlichkeit der Gesamtregelung durch Unübersichtlichkeit beeinträchtigt wurde.

4. Dieser Weg, dem auch die heutigen Polizeigesetze mit ihren Generalklauseln folgen, erweist sich somit im Vergleich zum Spezialermächtigungssystem der bayerischen Regelung als der rechtsstaatlichere.

1) Belz, a.a.O., 767

Erbel, a.a.O., 479

H.H.Klein, a.a.O., 240

2) Erbel, a.a.O., S.479

H.H.Klein, a.a.O., S.240

cf. dazu auch oben S.85

3) Drews-Wacke, S.46

4) So im Ergebnis: Bachof, VVDStRL 12,37 ff

Belz, a.a.O., S.768

Erbel, a.a.O., S.475 ff

H.H.Klein, a.a.O., S.233 ff

Peters, DÖV 53,385 ff

Ule, BW VBl 56,68 ff

Wacke, DÖV 55,456 ff

B. General- und Spezialermächtigungssystem und ihr Verhältnis zur persönlichen Freiheit des einzelnen

1. Was nun die Frage der besseren Garantie der persönlichen Freiheit des einzelnen angeht, so bedarf die Behauptung, das System der Spezialdelegation sei diesbezüglich vorzuziehen, näherer Untersuchung.
2. Vorweg ist aber noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß - vom Grundsatz her - die persönliche Freiheit des einzelnen in keiner Weise von dem Ermächtigungssystem im allgemeinen Polizeirecht abhängt, vielmehr letztlich eine Frage der Politik des jeweiligen Staates ist.¹⁾ Die Tatsache, daß sich Staaten mit den unterschiedlichsten Gesellschaftsauffassungen und politischen Systemen der polizeilichen Generalklausel bedienen, unterstreicht dies deutlich.²⁾
3. Im übrigen zeigt die Praxis, daß Spezialermächtigungen Eingriffe in die Freiheit des einzelnen in der Regel unter wesentlich einfacheren Voraussetzungen zulassen als die Generalermächtigung.³⁾ Dies liegt nicht nur daran, daß eine Generalklausel grundsätzlich die Aktivität des Richters herausfordert⁴⁾ oder daß die polizeiliche Generalermächtigung von der Rechtsprechung stets zurückhaltend interpretiert wurde.⁵⁾

1) Dies verkennt aber offensichtlich Schlez, a.a.O., S.122 f
cf. dazu auch Belz, a.a.O., S.768
und oben S.54 f

2) cf. dazu oben S.87 f

3) cf. Belz, a.a.O., S.768
Gintzel, S.65 ff
aber auch Schlez, a.a.O., S.123

4) Werner, DVBl 57,809

5) Drews-Wacke, a.a.O., S.46, 386, m.w.N.

Der eigentliche Grund dafür ist vielmehr in der Tatsache zu suchen, daß die Generalklausel an strenge polizeiliche Grundsätze gebunden ist, die einer zusätzlichen rechtsstaatlichen Garantie gleichkommen und damit eine weitere Sicherheit vor staatlicher Willkür für den Bürger bedeuten. Dabei sind hiermit nicht die zum Erlaß einer jeden Rechtsverordnung notwendigen Formvorschriften wie Angabe der Rechtsgrundlage etc. gemeint. Diese gelten selbstverständlich auch im System der Spezialdelegation. Gemeint sind hier vielmehr diejenigen Rechtsgarantien, die nur für die Generalermächtigung gelten und die in einem Spezialermächtigungssystem nicht denkbar sind.¹⁾

a. Als eine solche zusätzliche Sicherheit, die sich beispielsweise für die Generalklausel des § 171 LVwG ²⁾ aus dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz ergibt, ist zunächst einmal § 54 Abs.3 LVwG ³⁾ zu nennen. Nach dieser Bestimmung sind Landesverordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf Verlangen des Landtags aufzuheben. Damit wird erreicht, daß aufgrund der Generalklausel von der Polizei nur solche Verordnungen erlassen werden können, die auch dem Willen des formellen Gesetzgebers entsprechen. Der "Rechtsetzungsakt" erfolgt hier mithin nur formaljuristisch durch die Exekutive, faktisch aber wird er vom Willen der Legislative getragen. Der einzelne wird somit durch die aufgrund der Generalklausel des § 171 LVwG ergangenen Verordnungen rein tatsächlich nicht mehr oder in anderer Weise betroffen als durch Akte des formellen Gesetzgebers.⁴⁾

1) cf. Gintzel, S.25 ff

2) s. Anhang II

3) s. Anhang II

4) cf. insoweit auch Gintzel, S.25 ff, hinsichtlich entsprechender Regelungen in Nordrhein-Westfalen

b. Eine weitere "Sicherung" ergibt sich für den Staatsbürger aus § 57 LVwG.¹⁾

Danach dürfen Verordnungen keine Bestimmungen enthalten, die mit Gesetzen, aber auch mit Rechtsverordnungen einer höheren Behörde im Widerspruch stehen.

§ 57 LVwG enthält mithin eine zusätzliche Konkretisierung und Vertiefung des rechtsstaatlichen Postulats einer Bindung der vollziehenden Gewalt an Recht und Gesetz, das in Art.20 Abs.3 GG normiert ist und für die Generalklausel bereits dadurch zum Ausdruck kommt, daß sie die Polizei nur ermächtigt, im Rahmen der geltenden Gesetze tätig zu werden.²⁾

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß ein Widerspruch auch dann gegeben ist, wenn etwas geregelt wird, obwohl eine abschließende bundes- oder landesrechtliche Regelung bereits vorliegt.³⁾

c. Eine andere, nicht gering zu achtende "Sicherung" schließlich findet sich in § 58 Abs.4 LVwG.⁴⁾

Nach dieser Vorschrift dürfen Verordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht lediglich zu dem Zweck erlassen werden, den Behörden die ihnen obliegende Aufsicht zu erleichtern.

Dieses Verbot der Aufsichtserleichterung ergibt sich zwar - ebenfalls - bereits unmittelbar aus der Generalklausel. Denn eine Maßnahme, die keinen anderen Zweck verfolgt, als die Arbeit und Aufsicht zu erleichtern, dient nicht der Gefahrenabwehr.⁵⁾ Dennoch ist diese ausdrückliche Normierung keinesfalls überflüssig und damit sinnlos.

1) s. Anhang II

2) cf. oben S.34 ff

3) Kietdorf, Ordnungs- u. Polizeirecht, S.184
cf. zum Ganzen auch Gintzel, S.25 ff

4) s. Anhang II

5) cf. insoweit auch Gintzel, S.29

Die Aufgabe des § 58 Abs.4 LVwG besteht darin, das Aufsichtserleichterungsverbot zum einen dem Bürger zu verdeutlichen, zum anderen die Polizei an seine Beachtung zu gemahnen - und damit insgesamt seine Einhaltung zu gewährleisten. Dies ist von immenser Wichtigkeit wegen der großen Bedeutung, die dem Verbot der Aufsichtserleichterung zukommt, eine Bedeutung, die voll erkennbar erst beim Vergleich mit der gegenteiligen, beim System der Spezialdelegation bestehenden Praxis ist.

4. Spezialermächtigungen sind demgegenüber nicht an diese strengen polizeirechtlichen Grundsätze gebunden. So können aufgrund von Spezialermächtigungen auf sicherheitsrechtlichem Gebiet beispielsweise auch dann Verordnungen ergehen, wenn keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt, etwa zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes¹⁾, zum Schutz von Natur-, Kunst- oder Kulturdenkmälern²⁾ oder aber zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Reinlichkeit.³⁾

Auch ist es im System der Spezialdelegation möglich, Maßnahmen zu ergreifen, die ausschließlich der Aufsichtserleichterung dienen. Als Beispiel dafür soll hier der Hinweis auf Art.19 Abs.1 und Abs.4 LStVG⁴⁾ und auf § 4 StVZO genügen.⁵⁾

1) cf. z.B. Art.25 Abs.1, 28 Abs.1, 29 Abs.1 LStVG n.F. (s. Anhang IV)

2) cf. z.B. Art.28 Abs.1, 29 Abs.1 LStVG n.F. (s. Anhang IV)

3) cf. z.B. Art.13 Abs.1, 16 Abs.2, 18 Abs.1, 29 Abs.1 LStVG n.F. (s. Anhang IV)

4) s. Anhang IV

5) so außerdem § 24 StVZO
§ 31a StVZO

§§ 12, 13, 35 Abs.6 WaffG

und aus dem bayerischen Landesrecht Art.7, 8 DenkmalschutzG (s. Anhang V)

cf. auch Gintzel, S.55 ff, aber auch Schlez, a.a.O., S.123, der darin gerade einen Vorzug des Spezialermächtigungssystems sieht.

5. All dies zeigt, daß Einschränkungen der persönlichen Freiheit des einzelnen aufgrund von Spezialermächtigungen wesentlich eher möglich sind und diese Möglichkeiten in der Polizeipraxis leider auch genutzt werden.¹⁾

Nicht das Spezialermächtigungssystem erweist sich mithin als "bürgerfreundlich"²⁾, sondern das "Generalermächtigungsprinzip". Letzteres hält für den Bürger weitergehende Rechtsgarantien bereit und schützt den einzelnen vor übermäßiger staatlicher Inanspruchnahme und Reglementierung, indem es Eingriffe nur bei Vorliegen strenger Voraussetzungen zuläßt.

Das Spezialermächtigungssystem aber, das Eingriffe unabhängig vom Vorliegen einer Gefahr und selbst zum ausschließlichen Zwecke der Aufsichtserleichterung zuläßt, kann insoweit nur als "bürgerfeindlich"³⁾ bezeichnet werden.

C. General- und Spezialermächtigungssystem und ihr Verhältnis zur Rechtssicherheit

Im Ergebnis hat sich somit gezeigt, daß das "süddeutsche System" weder dem Wesen des Rechtsstaats besser entspricht, noch zu einer größeren persönlichen Freiheit des einzelnen führt.⁴⁾

Vielmehr wird man ihm vorwerfen müssen, daß es letztlich zu einer mit rechtsstaatlichen Erfordernissen nur schwer zu vereinbarenden Rechtsunsicherheit geführt hat⁵⁾ und zwangsläufig auch führen muß.

1) so im Ergebnis auch Gintzel, S.55 ff
Drews-Wacke, S.46 f

2) Samper, Bay VBl 74,546

3) Samper, Bay VBl 74,546

4) so auch Belz, a.a.O., S.768

5) cf. dazu Belz, a.a.O., S.768
Gintzel, S.62 f

Diese Zwangsläufigkeit ergibt sich aus der Tatsache, daß ein Gesetzgeber niemals alle Möglichkeiten, die ein Eingreifen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich machen, voraussehen kann.¹⁾ Mithin wird auch bei der vollkommensten Gesetzgebung immer ein Bereich übrigbleiben, in dem notwendige Maßnahmen der Polizei mangels Rechtsgrundlage nicht getroffen werden können.²⁾

Diese offenbleibenden Lücken führen dann entweder dazu, daß die Polizei resigniert, wo sie im Interesse der Gemeinschaft und des einzelnen einschreiten müßte. Oder aber sie zwingen die Polizei zu rabulistischen Interpretationskünsten, um dadurch eine Anwendung der erteilten Spezialermächtigungen auch auf Fälle zu erreichen, die nach vernünftigem Sprachgebrauch nicht mehr darunter fallen.³⁾

1. Nun können sich zwar auch die Verfechter des Spezialermächtigungssystems dieser Argumentation nicht ganz verschließen, sie halten diesen Einwand aber im Ergebnis nicht für relevant⁴⁾, da er lediglich eine zwar denkbare aber dennoch nur theoretische Möglichkeit aufzeige, d.h. also in der Praxis nicht vorkomme.⁵⁾ So argumentiert beispielsweise auch Samper⁶⁾, wenn er erklärt:

"Aktenkundiges Material, aus dem sich die Unmöglichkeit des Spezialermächtigungssystems ergeben könnte, liegt nicht vor. Den (allenfalls theoretisch denkmöglichen) praktischen Fall, in welchem die bayerische Polizei nicht eingreifen konnte, obwohl eine Gefahr für die öffentliche

1) so schon Locke, a.a.O., §§ 159, 160; cf. H.U.Scupin, Die Angelegenheit der öffentl. Ordnung, S.298 ff; Emmerig, DÖV 55,102

2) Bachof, VVDStRL 12,67 f

Vogel, a.a.O., S.384 ff; IT-Drucksache BW 6/3570, S.12 ff

3) Bachof, a.a.O., S.67 f

4) cf. z.B. Samper, a.a.O., S.545 ff

Schlez, a.a.O., S.122 ff
F.Mayer, AÖR 88,100 ff (110)

5) So Samper, a.a.O., S.546 f

6) Samper, a.a.O., S.547 (Einklammerung wie im Original)

Sicherheit und Ordnung oder eine Störung derselben vorliegt, hat noch niemand nennen können. Es ist auch noch nicht vorgekommen. Oder aber, es hat sich um eine so eindeutige Bagatelle gehandelt, daß das Fehlen einer Befugnis zu rühmen statt zu rügen wäre, weil es legitim ist, die Polizei vor einer Mädchen-für-alles-Rolle zu schützen."

Diese Ansicht, insbesondere aber auch die in ihr enthaltende "Feststellung", Sampers bedarf zumindest näherer Überprüfung.

a. Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, daß Sampers Ansicht, das System der Spezialdelegation würde jeder Anforderung gerecht, offenbar nicht einmal von allen Befürwortern - oder zumindest ehemaligen Befürwortern - des Spezialermächtigungssystem geteilt wird.

So hat beispielsweise Baden-Württemberg, wo bislang -"süd-deutscher Rechtstradition entsprechend" - Polizeiverordnungen nur aufgrund besonderer Ermächtigung erlassen werden konnten, mit Wirkung vom 1.9.1974 dafür eine der preußischen Regelung entsprechende Generalklausel eingeführt.¹⁾ In der Begründung zu diesem Gesetz heißt es dabei u.a.²⁾:

"Die (bisherigen spezialgesetzlichen) Ermächtigungen zum Erlaß von Polizeiverordnungen haben sich als unzureichend erwiesen. Sie erstrecken sich lediglich auf solche Tatbestände, deren abstrakte Gefährlichkeit für den Gesetzgeber bei ihrem Erlaß voraussehbar war. Inzwischen haben sich insbesondere durch die fortschreitende technische Entwicklung und die dadurch bedingte Änderung der allgemeinen Lebensverhältnisse neue Gefahren im polizeirechtlichen Sinne ergeben. Diesen Gefahren wurde zwar weitgehend durch den Erlass von Spezialgesetzen Rechnung getragen, die für

1) GBl BW 74, 210 ff

2) LT-Drucksache BW 6/3570, S.12 Z 3
(Hervorhebung vom Verfasser)

ihren Bereich die erforderliche Ermächtigung erhalten. Zwischen diesen Gesetzen bestehen jedoch zwangsläufig Lücken, da nicht alle Gefahrenbereiche vom Gesetzgeber selbst geregelt werden können. Sie reichen daher für eine umfassende Gefahrenabwehr im Sinne des Polizeirechts nicht aus."

Und an anderer Stelle in der Begründung heißt es¹⁾: "Für eine allgemeine Ermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen²⁾ besteht ein dringendes Bedürfnis. Der Gesetzgeber kann nicht alle Fälle vorhersehen und durch Spezialregelungen erfassen, in denen ein Bedürfnis nach einem polizeilichen Einschreiten besteht. Praktische Bedeutung kommt der allgemeinen Ermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen vor allem im Bereich der sogenannten Alltagsverfahren zu, deren Abwehr im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse nicht vom Gesetzgeber selbst geregelt werden kann, sondern eine auf die jeweiligen Verhältnisse zugeschnittene Regelung erfordert."

Wie man der Tatsache der Einführung der Generalklausel sowie der dazu gegebenen Begründung entnehmen kann, ist man in Baden-Württemberg offenbar zu anderen Feststellungen als Samper gekommen.

Und was die Frage der "Unzulänglichkeit von Spezialermächtigungen" angeht, so ist man wohl auch hierin anderer Ansicht, hat man doch für die Einführung der Generalermächtigung ein "dringendes Bedürfnis" konstatiert.

Nun ist es zwar legitim, die von Baden-Württemberg für die Einführung der Generalklausel gegebene Begründung allgemein für eine Beurteilung des Spezialermächtigungssystems heranzuziehen. Andererseits kann man sie aber wieder nicht

1) LT-Drucksache BW, a.a.O., S.19 zu Nr.5 Z 2

2) Für Einzelmaßnahmen ergibt sich die Ermächtigung aus §§ 1 B BW PolG.

ohne weiteres auf die bayerischen Verhältnisse übertragen, um allein mit ihr Samper zu widerlegen. Hierfür bestehen in der Ausformung der bayerischen und der (bisherigen) baden-württembergischen Spezialermächtigungen im einzelnen doch zu große Unterschiede.

Anders ist hingegen die Tatsache zu bewerten, daß sich auch die bayerische Staatsregierung mit dem Gedanken trägt, eine entsprechende Generalklausel in das bayerische Polizeirecht zu übernehmen.¹⁾

Dies wäre bei entsprechender Begründung in der Tat geeignet, Samper zu widerlegen, da jedoch diesbezüglich (noch) keine konkreten Äußerungen seitens des Ministeriums vorliegen, läßt sich auch hieraus nicht mehr als ein Indiz gegen die Richtigkeit der Feststellungen Sampers gewinnen.

Die beabsichtigte Übernahme einer Generalklausel in das bayerische Polizeirecht spricht somit zwar dafür, daß sich auch in Bayern beim bisherigen System der Spezialdelegation "Unzulänglichkeiten" gezeigt haben, macht aber weitere diesbezügliche Untersuchungen noch nicht entbehrlich.

b. Zu der Behauptung Sampers, ein praktischer Fall, in welchem die bayerische Polizei nicht habe eingreifen können, obwohl ein Einschreiten erforderlich gewesen wäre, sei noch nicht vorgekommen²⁾, fällt einem zunächst einmal das oft zitierte "Obdachlosenproblem" ein.³⁾

So wurden in Bayern in ständiger Praxis obdachlosenpolizeiliche Maßnahmen unwidersprochen vorgenommen, obwohl sich dafür keine Spezialermächtigung finden ließ⁴⁾ - eine

1) LT-Drucksache Bayern, 7/6612 S.8, Z.3.3.3

2) Samper, a.a.O., S.547

3) cf. dazu Bachof, DÖV 55, 105 n.w.H.

4) cf. Bachof, a.a.O., S.105

Feststellung die durch den bayerischen Verwaltungsgerichtshof bestätigt wurde.¹⁾

Zwar widerlegt dieses Beispiel - formal betrachtet - nicht die von Samper getroffene Feststellung, ist doch in den "Obdachlosen-Fällen" die bayerische Polizei gerade eingeschritten. Aber da die Polizei gerade ohne Rechtsgrundlage eingeschritten ist, zeigen diese Fälle die praktische Unzulänglichkeit des Spezialermächtigungssystem umso deutlicher:

Die bayerische Polizei hätte nach rechtsstaatlichen Grundsätzen in den "Obdachlosen-Fällen" nicht einschreiten dürfen. Sie tat es, um ihre Aufgabe erfüllen zu können dennoch - und offenbarte damit nicht nur die Unzulänglichkeiten des Spezialermächtigungssystems, sondern machte gleichzeitig deutlich, welche Gefahren für den Rechtsstaat sich aus diesem Ermächtigungssystem ergeben können.²⁾

2. Demgegenüber hätte in diesen Fällen, die der damalige bayerische Gesetzgeber offenbar nicht vorausgesehen hatte, die Generalklausel ein Einschreiten ermöglicht.³⁾

Und auch die Kritiker der Generalklausel werden zugeben müssen, daß in diesen Fällen das Handeln der bayerischen Polizei dann rechtsstaatlicher gewesen wäre. Denn ein Einschreiten ohne Rechtsgrundlage wird man wohl kaum als rechtsstaatlich oder gar rechtsstaatlicher qualifizieren wollen als ein Einschreiten aufgrund der polizeilichen

1) Bay VGH in einer unveröffentlichten Entscheidung vom 2.12.1953 - Nr.224 II 3/52, zit. nach Bachof, a.a.O., S.105

2) So bereits Bachof, a.a.O., S.105, der weiter darauf hinweist, daß man dem Vorwurf rechtsstaatswidrigen Handelns nur dadurch begegnen könne, daß man auch für Bayern von der Existenz einer subsidiären Generalklausel ausgehe, "möge man sie begründen wie man will" - eine Ansicht, die in Bayern wenig Anklang gefunden hat. Die gleiche Ansicht vertritt auch Wacke, DVBl 59,13 ff

3) cf. dazu Bachof, a.a.O., S.105
Wacke, a.a.O., S.13 f

Generalermächtigung.

3. Schon die "Obdachlosen-Fälle" widerlegen somit Sampers obige Behauptung¹⁾, - war doch der bayerischen Polizei in diesen Fällen das erforderliche Einschreiten zumindest rechtlich versagt.²⁾
Darüberhinaus hat aber Samper früher an anderer Stelle³⁾ selbst noch auf einen weiteren Fall aufmerksam gemacht, in dem das bayerische Polizeirecht Lücken in den Befugnisnormen offenbarte und so die Schwächen des Spezialermächtigungssystem deutlich machte.

a. So kannte vor Inkrafttreten des "Gesetzes zur Bereinigung des Landesrechts und zur Anpassung von Straf- und Bußgeldvorschriften an das Bundesrecht" vom 31. Juli 1970 "das bisherige bayerische Polizeirecht ... keine Befugnis zur Verhütung von mit Geldbuße bedrohten Handlungen und zwar weder eine Befugnis zu typischen noch zu untypischen Maßnahmen. Die Polizei war während der letzten 2 Jahre (vor Inkrafttreten des oben genannten Gesetzes) nicht befugt, beispielsweise zur Verhütung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr (§ 24 StVG) Maßnahmen mit Eingriffscharakter zu treffen."⁴⁾

b. Gerade was aber die Verhütung von Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr angeht, wird man wohl kaum davon sprechen können, daß es sich hierbei "um eine so eindeutige Bagatelle gehandelt (hat), daß das Fehlen einer Befugnis zu rühmen statt zu rügen wäre, weil es legitim ist, die Polizei vor einer Mädchen-für-alles-Rolle zu schützen".⁵⁾

1) cf. oben S.97 f

2) cf. dazu Bachof, a.a.O., S.105
Wacke, a.a.O., S.13 ff

3) Samper, Bay VBl 70,391 ff

4) Samper, a.a.O., S.391

5) Samper, Bay VBl 74,547

Ganz abgesehen davon, daß der Polizei ja schließlich die Ermächtigung zur Verhütung entsprechender Zuwiderhandlungen erteilt wurde, was aber bei Vorliegen einer "eindeutigen Bagatelle" unverständlich gewesen wäre, mit- hin auf eine gegenteilige Wertung des Gesetzgebers schließen läßt.

c. Auch dieses Beispiel macht also die Schwächen des Spezialermächtigungsprinzips deutlich.

4. Was nun die weitere Behauptung Sampers angeht, es habe derzeit noch niemand den praktischen Fall nennen können, in welchem die bayerische Polizei - trotz bestehender Notwendigkeit - nicht einschreiten könnte¹⁾, so erscheint mir zweifelhaft, ob diese Behauptung überhaupt geeignet ist, den gegen das Spezialermächtigungssystem erhobenen Vorwurf zu entkräften.

a. Selbst wenn diese Behauptung zuträfe, so beweist dies doch noch nicht, daß in Zukunft ein solcher Fall nicht trotzdem eintreten kann.

Die Tatsache, daß zur Zeit niemand einen solchen Fall nennen kann, würde doch allenfalls beweisen, daß der bayerische Gesetzgeber, in seinem Bemühen, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten, im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Bestmögliches getan hat und ihm kein offensichtliches Versagen vorzuwerfen ist - ein Vorwurf, der andererseits berechtigt wäre, ließen sich solche Befugnislücken ohne weiteres aufzeigen.

b. Daß trotz aller Bemühungen des Gesetzgebers solche Fälle aber nicht ausgeschlossen werden können, hat die Vergangenheit bewiesen.²⁾ Und auch in diesen Fällen wird

1) Samper, a.a.O., 547

2) cf. dazu oben S.101 f

man davon auszugehen haben, daß sie seinerzeit nicht vorhersehbar waren, daß also seinerzeit ebenfalls kein konkreter Fall genannt werden konnte, "in welchen die bayerische Polizei", obwohl erforderlich, "nicht eingreifen könnte"¹⁾ - will man nicht dem früheren bayerischen Gesetzgeber zumindest Nachlässigkeit wenn nicht sogar offensichtliches Versagen vorwerfen.

5. Sampers "Feststellung", der auf die mangelnde Vorhersehbarkeit hinsichtlich aller denkbaren Möglichkeiten gestützte Vorwurf der Unzulänglichkeit, der gegen das Spezialermächtigungssystem erhoben wird, greife in der Praxis nicht durch und sei daher unbeachtlich²⁾, ist damit als widerlegt anzusehen. Nicht die Generalklausel, sondern das Spezialermächtigungssystem bewirkt - als Folge seiner zwangsläufigen Unzulänglichkeit - eine Rechtsunsicherheit und kann zu einer Gefahr für den Rechtsstaat werden.

D. Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammengefaßt stellt sich das hier gefundene Ergebnis somit wie folgt dar:

Das System der Spezialdelegation entspricht weder dem Wesen des Rechtsstaats besser als ein System mit polizeilicher Generalklausel, noch gewährleistet es eine größere persönliche Freiheit des einzelnen.

Vielmehr kann im Gegenteil das Spezialermächtigungssystem als Folge seiner, durch die mangelnde Vorhersehbarkeit aller Möglichkeiten zwangsläufig bedingten "Unvollständigkeit" zu einer mit rechtsstaatlichen Erfordernissen kaum

1) Samper, a.a.O., S.547

2) Samper, a.a.O., S.547
cf. dazu auch oben S.97 f

zu vereinbarenden Rechtsunsicherheit führen und damit sogar zu einer Gefahr für den Rechtsstaat werden. Demgegenüber erweist sich das Generalermächtigungssystem in seiner heutigen Ausprägung¹⁾, d.h. als eine Kombination spezialgesetzlicher Regelungen für besonders schwerwiegende Eingriffe mit einer - subsidiären²⁾ - Generalklausel mit all ihren Absicherungen³⁾ als geradezu vorbildliche Lösung: Es nutzt einerseits die Vorteile, die spezialgesetzliche Regelungen als Folge ihrer "Rechts-offenheit" bieten können.⁴⁾ Auf der anderen Seite vermeidet es aber durch die Hereinnahme der Generalklausel die nicht unerheblichen "Nachteile", die einem (reinen) System von Spezialdelegationen innewohnen, insbesondere also die "Nachteile", die sich aus der "Unvollkommenheit" und der mangelnden Bindung an strenge polizeirechtliche Grundsätze⁵⁾ ergeben.⁶⁾

-
- 1) Diese Ausprägung geht bereits auf den preußischen Gesetzgeber des PVG zurück, ist aber in den neueren Polizeigesetzen z.T. noch verfeinert und vervollkommenet worden. cf. dazu oben S.91 f
- 2) cf. dazu oben S.1
- 3) cf. dazu oben S.34 f, 93 f
- 4) cf. dazu oben S.89 ff
- 5) Dazu zählt insbesondere das Verbot der Aufsichtserleichterung, cf. oben S.94 f
- 6) cf. oben S.91 f

Vierter Abschnitt: Vergleich des Generalermächtigungs-
systems und des Spezialermächtigungs-
systems im Hinblick auf ihre Praktika-
bilität

§ 8 Polizeiliche Generalklausel und Spezialermächtigun-
gen und ihre Anwendbarkeit in der Praxis

Nachdem bisher die Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalermächtigung festgestellt und insoweit auch ein Vergleich mit dem System der Spezialdelegation zu ihren Gunsten entschieden werden konnte, soll im folgenden die Praktikabilität der Generalklausel untersucht werden. Auch hierbei wird wieder der Vergleich mit den Regelungen des Spezialermächtigungssystems erfolgen.

A. Die Praktikabilität der polizeilichen Generalklausel

Die Praktikabilität der polizeilichen Generalermächtigung ist von ihren Gegnern immer wieder in Zweifel gezogen worden.¹⁾ Dabei wird größtenteils vorgebracht, die polizeiliche Generalklausel sei deshalb so unpraktikabel, weil sie den jeweiligen Amtswalter, der in der täglichen Praxis auf sie angewiesen sei, bei jeder Entscheidung von neuem vor eine Unzahl schwieriger Probleme stelle. Insbesondere die Tatsache, daß die in ihr verwendeten Begriffe mehr oder weniger von Präjudizien und Grundsatzurteilen bestimmt würden, erschwere ihre Handhabung in unerträglicher

1) So z.B. von Emmerig, Bay VB1 59,8 ff
ders., DÖV 55,100 ff
F.Mayer, DVBl 59,454
aber auch von Denninger, Polizei, S.8 ff, S.30 ff
ders., ZRP 68,42 ff; ders., DkiZ 69,70 ff; ders., JZ
70,145 ff
und Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S.45 ff

Weise.¹⁾ Um nämlich die Generalklausel überhaupt sachgerecht anwenden und auf ihrer Grundlage tätig werden zu können, müsse der Beamte all diese Entscheidungen kennen und parat haben.²⁾ Im übrigen sei die Generalklausel auch wegen ihrer Allgemeinheit aus sich heraus unverständlich.³⁾

Eine spezialgesetzliche Regelung sei demgegenüber ohne Schwierigkeiten praktikabel.⁴⁾ Da bei ihr jedes Tatbestandsmerkmal im Gesetz konkret aufgeführt und auch allein aus sich heraus verständlich sei, gestalte sich ihre Anwendung für den handelnden Polizeibeamten höchst einfach. Er brauche nur auf diese im Gesetz aufgeführten Voraussetzungen zurückzugreifen, die er im Zweifel dort auch leicht nachschlagen könne und sei dabei nicht auf die Kenntnis irgendwelcher Gerichtsentscheidungen oder wissenschaftlicher Abhandlungen angewiesen.

I. Die innere Logik des Begriffs "öffentliche Ordnung"

1. Denninger⁵⁾ sucht daneben die Praktikabilität der polizeilichen Generalermächtigung auch noch dadurch in Frage zu stellen, daß er der in ihr enthaltenen Ordnungsfunktion die innere Logik abspricht.

Er sieht in der heute gebräuchlichen Definition der öffentlichen Ordnung als Inbegriff von Normen, die von Mehrheitsansichten bestimmt werden, aber gleichwohl wandelbar sein sollen, einen absoluten Widerspruch in sich.⁶⁾

1) So insbesondere F.Mayer, a.a.O., 454 und Emmerig, Bay VBl 59, S.9

2) F.Mayer, a.a.O., 454
Emmerig, a.a.O., S.9

3) cf. F.Mayer, a.a.O., 454
Emmerig, a.a.O., S.9
a. A.Wegener, S.115 f

4) cf. F.Mayer, a.a.O., S.454

5) Denninger, Polizei, S.31
ders., ZKP 68,44; ders., JZ 70,148 f

6) cf. dazu Erbel, a.a.O., S.480

2. Denningers Einwand erklärt sich offensichtlich aus einer Mißdeutung des Begriffs der "öffentlichen Ordnung".

Zwar ist der Begriff der öffentlichen Ordnung auf einen status quo bezogen zu sehen. Nach dem Verständnis der herrschenden Meinung ist darunter aber gerade nicht ein einmal erreichter und stabilisierter Kulturzustand zu verstehen, sondern dieser status quo ist vielmehr insofern variabel, als er immer den natürlichen, sozialen und kulturellen Entwicklungsprozeß berücksichtigt.¹⁾

Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist nach herrschendem Verständnis also nie als Mechanismus für die Versteinierung eines irgendwann einmal erreichten ordnungsnormativen status quo gedacht gewesen.²⁾

Demgegenüber aber geht Denninger von einem statischen Begriff der öffentlichen Ordnung aus. Sein Vorwurf, der sich allein auf eine Mißdeutung der theoretischen Definitionsformel des Begriffs "öffentliche Ordnung" gründet, geht mithin fehl.³⁾

II. Die praktische Realisierbarkeit des Begriffs "öffentliche Ordnung"

1. Götz⁴⁾ wiederum versucht den Nachweis mangelnder Praktikabilität zu führen, indem er die praktische Realisierbarkeit der in der Generalklausel enthaltenen Ordnungsfunktion bestreitet. Dies geschieht mit dem Hinweis, daß eine wirklich empirische Erforschung der herrschenden Anschauungen, etwa mit Hilfe der Demoskopie, nicht in Betracht komme.⁵⁾

1) cf. dazu oben S.21 f

2) Erbel, a.a.O., S.480

3) cf. insoweit auch Erbel, a.a.O., S.480
aber auch Kupfer, S.76

4) Götz, a.a.O., S.46

5) cf. insoweit Erbel, a.a.O., S.480

2. Götz verkennt bei seinem Einwand, daß der in der Definition der öffentlichen Ordnung enthaltene Begriff der "herrschenden", d.h. der allgemein oder doch mehrheitlich "anerkannten", Ordnungsnormen nicht Normen meint, für die sich eine allgemeine Übereinstimmung oder eine Mehrheit objektiv, mathematisch genau beweisen läßt, sondern vielmehr solche Normen, die die Polizei bei Ausschöpfung aller verfügbaren sozialen Indizien, die sie unter Anwendung aller ihr möglichen Erkenntnismethoden erlangt, als allgemein oder mehrheitlich anerkannt bewerten darf.¹⁾

Die bei dieser Interpretation im Hinblick auf den einzelnen Polizeibeamten in gewisser Weise noch bestehende Bewertungsunsicherheit hält sich aber in der rechtsstaatlich gebotenen Toleranzgrenze:

Durch die durch das Grundgesetz, aber auch durch die Rechtsprechung festgelegten Wertmaßstäbe, des weiteren durch praxislenkende Verwaltungsvorschriften, nicht zuletzt aber auch durch die Tatsache der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit aller Polizeiakte²⁾, dürfte sich die Ordnungsfunktion der Polizei hinreichend objektivieren lassen.³⁾ Aber auch die Tatsache, daß es doch sogar gelungen ist, Generalermächtigungen mit Begriffen wie "Treu und Glauben" (§§ 157, 242 BGB) und "gute Sitten" (§§ 138, 826 BGB) in Lehre und Rechtsprechung so weit zu präzisieren, daß ihre Handhabung keine größeren Schwierigkeiten bereitet als die anderer Vorschriften, zeigt, daß Götz die Feststellungsschwierigkeiten hinsichtlich der "herrschenden Anschauungen" beim Begriff "öffentliche Ordnung" überbewertet.⁴⁾

1) Erbel, a.a.O., S.480

2) cf. dazu Ule BW VBl 56,68

Wacke, DÖV 55,458 f

Werner, DVBl 57,809; ders., Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, S.13

3) cf. insoweit auch Erbel, a.a.O., S.480

4) Lohse-Heinrich, Polizeirecht, S.68

Auch der Einwand von Götz verfängt daher im Ergebnis nicht.

Im übrigen ließen sich diese von Götz vorgebrachten Bedenken in gleicher Weise zum Beispiel auf den Begriff des "öffentlichen Interesses" übertragen, einen gerade im System der Spezialermächtigung gern und oft verwendeten Begriff.

Auch aus diesem Grunde ergäbe daher der Götz'sche Einwand kein Argument gegen die Praktikabilität der Generalklausel allein, mithin aber auch kein Argument für das Spezialermächtigungssystem und gegen die Generalklausel.

B. Die Praktikabilität von Spezialermächtigungen im Vergleich zur polizeilichen Generalklausel

1. Die Auffassung schließlich, die allein die Generalklausel als von Präjudizien geprägt, aus sich heraus unverständlich und daher insgesamt als unpraktikabel ansieht, die Spezialermächtigungen hingegen als klar, leicht verständlich und daher auch insgesamt als leicht zu handhaben darstellt¹⁾, vereinfacht den Unterschied Generalermächtigung - Spezialermächtigung in unzulässiger Weise und geht zudem im Fall der Spezialermächtigung von einer Idealvorstellung aus, die nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Vielmehr hat es sich gezeigt, daß auch im System der Spezialdelegation der Gesetzgeber bei den Regelungen zur Gefahrenabwehr nicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe hat verzichten können. Damit wurde aber im Ergebnis nicht mehr erreicht als eine Auffächerung der einen polizeilichen Generalklausel in mehrere kleine. Somit hat, was die Verständlichkeit der Begriffe "aus sich heraus" betrifft, im Spezialermächtigungssystem letztlich nur

1) cf. dazu oben S.106 f

eine Verschiebung des Problems stattgefunden.¹⁾ Für den einzelnen Beamten bedeutet das Spezialermächtigungssystem mithin auch keine Erleichterung. Auch hier kommt er nicht ohne die Kenntnis von Rechtsprechung und Lehre aus, handelt es sich doch bei den üblicherweise verwendeten und immer wiederkehrenden Begriffen "Gefahr" und "öffentliches Interesse" anerkanntermaßen²⁾ um schwierige Begriffe, die aus sich heraus keinesfalls leichter verständlich sind als etwa die Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung".

Damit aber bietet das Spezialermächtigungssystem im Hinblick auf seine Handhabung keine Vorteile gegenüber der polizeilichen Generalklausel.

Im Gegenteil, es ist festzustellen, daß sich im Spezialermächtigungssystem die Handhabung seiner Befugnisse für den einzelnen Polizeibeamten oftmals sogar schwieriger gestaltet. Von ihm wird hier nämlich nicht nur die Kenntnis einer Vielzahl von Einzeltatbeständen verlangt, sondern daneben auch noch die Kenntnis von Definitionen und Rechtsprechung zu den verschiedentlich verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen.

Überdies macht die durch die Vielzahl der Regelungen bedingte Unübersichtlichkeit ihm oftmals selbst das Auffinden einzelner konkreter Tatbestände schwer, zumal wenn es gilt, schnell zu entscheiden und zu handeln, d.h. also im Regelfall der Gefahrenabwehr.

1) cf. Erbel, a.a.O., S.479
Klein, a.a.O., S.240

2) cf. dazu Samper, PAG, Art.2 Rdnr.25 ff, Art.5 Rdnr.37
Ule, BW VBl 56,68
Drews-Wacke, Polizeirecht, S.51 ff, 59 ff
zum Begriff "Gefahr" auch oben S.22

2. Diese Ausführungen finden ihre Bestätigung in den Regelungen des bayerischen PAG.

a. Auch hier kam der Gesetzgeber nicht ohne die unbestimmten Rechtsbegriffe "Gefahr" und "öffentliches Interesse" aus, für deren Anwendung und Verständnis die Kenntnis der Rechtsprechung und Lehre unerlässlich ist.¹⁾

b. Darüber hinaus findet sich in Art.5 Abs.2 PAG²⁾ eine "partielle Generalklausel"³⁾, die allein aus sich heraus ebenfalls kaum verständlich ist, deren sachgerechte Anwendung im Einzelfall vielmehr umfangreiche Kenntnisse von Literatur und Rechtsprechung voraussetzt - und damit aber deutlich macht, daß hier letztlich allenfalls eine "Problemverlagerung" stattgefunden hat.

c. Im übrigen kann gerade auch der bayerische Polizeibeamte auf eine Kenntnis der Rechtsprechung zu den Begriffen "öffentliche Sicherheit und Ordnung" nicht verzichten, will er jeder Lage und Anforderung, die das PAG an ihn stellt, gewachsen sein.

aa. Später zum einen in den Fällen des polizeilichen Einschreitens ohne Rechtseingriff, also bei den "sogenannten Maßnahmen 'an' (nicht gegen) eine Person"⁴⁾ keinesfalls der Notwendigkeit enthoben, sich im Einzelfall mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet bzw. gestört ist.⁵⁾ Auch diese Maßnahmen - hier kommen Ermahnungen, Belehrungen, Verwarnungen ohne Verwarnungsgeld etc. in Betracht - sind nämlich

1) cf. insoweit die ausführlichen Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur bei Samper, PAG, Art.2 Rdnr.25 ff, Art.5 Rdnr.37; im übrigen oben S.111, FuRn.2

2) s. Anhang III

3) Emmerig, DÖV 55,102

Samper, PAG, Art.5 Rdnr.11 m.w.N.

4) Samper, Bay VBl 74,548

5) Samper, Bay VBl 74,548

Ausfluß der spezifischen polizeilichen Hoheitsgewalt. Da diese Formen polizeilicher Tätigkeit zudem in der Alltagspraxis eine große Rolle spielen, muß daher dem Polizeibeamten auch unter der Herrschaft des Spezialermächtigungssystems zuweilen angesonnen werden, selbständig zu entscheiden, ob die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet bzw. gestört sind und er tätig werden darf.¹⁾

bb. Daneben ergibt sich für den bayerischen Polizeibeamten aber auch hinsichtlich der Maßnahmen mit Eingriffscharakter die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" und zwar aufgrund der Konstruktion des Art.2 PAG.²⁾

Zwar erhält Art.2 PAG nur eine Aufgabenzuweisung, so daß deshalb hier im Normalfall eine genaue Kenntnis der Begriffsinhalte der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" nicht so wichtig erscheinen mag³⁾, da der Beamte, um handeln zu können noch einer Befugnis bedarf. Die Befugnisnormen des PAG sind aber weitgehend "konkret", zumindest enthalten sie nicht die Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung", so daß man daher meinen könnte, der Beamte könne auch ohne eine genaue Kenntnis dieser Begriffe notfalls auskommen.

Für eine Vielzahl der Fälle mag sich diese Auffassung zur Not auch vertreten lassen. Anders wird es aber dann, wenn ein bayerischer Polizeibeamter als Vollzugsorgan der Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung oder aber als Hilfsorgan anderer Verwaltungsbehörden tätig werden soll. In diesem Fall muß auch er den Inhalt der Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung" genau kennen, da er - und zwar auch auf Weisung - nur innerhalb seines Aufgabenbereichs, d.h. aber zur Aufrechterhaltung der "öffentli-

1) cf. insoweit Samper, a.a.O., 548

2) s. Anhang III

3) so z.B. König, Allgemeines Sicherheitsrecht, S.273 f

chen Sicherheit und Ordnung" tätig werden darf.¹⁾ Damit aber werden in diesem Fall auch für den bayerischen Polizeibeamten die Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung" zum Maßstab und Prüfstein für das "Ob" seines Einschreitens.

3. Somit zeigt sich, daß zumindest das Spezialermächtigungssystem des bayerischen PAG - und damit das derzeit einzig relevante - dem einzelnen Polizeibeamten keine Erleichterung gebracht hat. Im Gegenteil, er muß neben den Begriffen "öffentliche Sicherheit und Ordnung" auch noch eine nicht unbeträchtliche Anzahl anderer spezialgesetzlicher Voraussetzungen, darunter auch schwierige unbestimmte Rechtsbegriffe, kennen, beachten und prüfen, wenn er tätig werden will.

C. Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich damit aber hier feststellen: Auch was die Handhabung in der Praxis angeht, bietet das Spezialermächtigungssystem gegenüber der polizeilichen Generalermächtigung keine Vorteile.

Die Tatsache, daß einerseits der Gesetzgeber auch bei der Erteilung von Spezialermächtigungen nicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe verzichten kann, zum anderen jede Auffächerung der Generalklausel in eine Vielzahl spezialgesetzlicher Regelungen zwangsläufig auch immer eine größere Unübersichtlichkeit mit sich bringt, spricht allein schon für die polizeiliche Generalermächtigung.

1) Berner, PAG, Art.2 Anm.1
Ermerig, POG, Vorbem.4 vor Art.1
Maiwald, Bay VBl 66,406
Samper, PAG, Art.2 Rdnr.14

Hinzu kommt nun aber noch, daß zudem selbst im System der Spezialdelegation der handelnde Beamte nicht ohne die genaue Kenntnis der so heftig befehdeten Begriffe der Generalklausel, d.h. der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" auskommt.

Aus all diesen Gründen kann mithin auch hinsichtlich der Praktikabilität kein Zweifel daran bestehen, daß der polizeilichen Generalermächtigung der Vorzug gebührt - eine Feststellung, für die auch die Tatsache spricht, daß gegen die Einführung des PAG gerade auch aus Kreisen der bayerischen Polizei erhebliche Bedenken vorgebracht wurden.¹⁾

1) cf. dazu Samper, BayVB1 74,547

Fünfter Abschnitt: Die Zweckmäßigkeit und die Notwendig-
keit der polizeilichen Generalklausel

§ 9 Die Zweckmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel

Wie die Zweckmäßigkeit jeder Generalklausel, ergibt sich auch die Zweckmäßigkeit der polizeilichen Generalermächtigung zum einen aus ihrer Fähigkeit, eine gewisse Übersichtlichkeit der Rechtsordnung herbeizuführen.¹⁾ Sie ersetzt eine Vielzahl von Einzelvorschriften, die zum Teil unübersichtlich sind und trotzdem in ihrer Gesamtheit oft lückenhaft bleiben²⁾, daneben aber noch die Gefahr der Überalterung in sich tragen.³⁾

Auch ermöglicht die polizeiliche Generalklausel aufgrund des Ermessensspielraums, den sie der Polizei einräumt, in vielen Fällen erst eine materielle Gerechtigkeit des Verwaltungshandelns⁴⁾, ist doch die Ermessensentscheidung "die große Einzugsmöglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit in das stringente, allein an der Rechtssicherheit orientierte, ius cogens einer Norm".⁵⁾ Auch damit also beweist die polizeiliche Generalklausel ihre Zweckmäßigkeit.

Weiter wird man auch in der durch die Generalklausel möglichen Beeinflussung des Rechts durch die Polizei ein Argument für die Zweckmäßigkeit dieser Klausel sehen dürfen. Die Polizei erhält durch sie einen größeren Spielraum, eigene Erkenntnisse in den rechtlich relevanten Bereich einzubringen. Da die Polizei aber in der Lage ist, mehr

1) Auert, S.101

Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, S.22 f

2) S. bereits Locke, a.a.O., §§ 159, 160, cf. auch H.U.Scupin, a.a.O., S.298 ff

3) Auert, S.101

Werner, a.a.O., S.23

4) Gintzel, S.88

5) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.20 Rdnr.91

Einblick in die einzelnen Lebensverhältnisse zu erlangen als die gesetzgebende Gewalt, wird auf diese Weise durch ihren Einfluß das Polizeirecht den Bedürfnissen des Lebens in hohem Maße angepaßt.¹⁾

Schließlich aber garantiert die polizeiliche Generalklausel auch die Anpassungsfähigkeit des Polizeirechts an die sich ständig wandelnden Lebensverhältnisse und kann so das Polizeirecht dem geistigen und technischen Fortschritt angleichen.²⁾ Die polizeiliche Generalklausel gewährleistet so gewissermaßen erst die Lebensfähigkeit jeder polizeirechtlichen Kodifikation³⁾, finden doch durch sie alle wissenschaftlichen, sozialen und politischen Werte Eingang in das Polizeirecht⁴⁾, das so erst in die Lage versetzt wird, auch den unterschiedlichen örtlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.⁵⁾

All dies belegt die unbestreitbare Zweckmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel. In der Tat, selbst von ihren Gegnern ist ihre grundsätzliche Zweckmäßigkeit nie in Frage gestellt worden⁶⁾ - nichts beweist dies besser als die Tatsache, daß auch das bayerische Recht eine partielle Generalklausel in sein vom Spezialermächtigungssystem beherrschtes Polizeirecht aufgenommen hat.

1) cf. insoweit Auert, S.101

2) Auert, S.101

LT-Drucksache BW 6/3570, S.14, V; S.19, 2

3) cf. Hedemann, S.63

4) Auert, S.101

5) Belz, a.a.O., S.767

Wacke, DÖV 55,459

Ule, BW VB1 56,68

6) cf. dazu Gintzel, S.88

§ 10 Die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel

Die polizeiliche Generalklausel ist aber nicht nur zweckmäßig, ihr Vorhandensein wird im Polizeirecht zur Notwendigkeit.

1. Die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel folgt hier zwingend aus der mangelnden Vorhersehbarkeit aller möglichen Störungen und Gefahrenzustände innerhalb der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung.¹⁾ Allein die Generalklausel ist in der Lage eine sofortige Bekämpfung aller - auch der nicht vorhersehbaren - Gefahren zu gewährleisten.

Ihr Fehlen hingegen hätte zur Folge, daß beim Auftreten einer nicht vorhersehbaren und vom Gesetzgeber bisher nicht bedachten Gefahr erst nach dem Gesetzgeber gerufen werden müßte und sein Einschreiten dann abzuwarten wäre. Gerade aber das ist auf dem Gebiete der Gefahrenabwehr nicht möglich, würde es doch bedeuten, dieser Gefahr für lange Zeit freien Lauf zu lassen.²⁾ Ein solcher Zustand wäre nicht nur jeder Rechtsordnung abträglich, er kann auch von keinem Staat und von keinem Gesetzgeber seinen Bürgern zugemutet werden.

Auch bei der Bekämpfung der sogenannten "Alltagsgefahren", insbesondere wenn sie örtlich begrenzt auftreten, erweist sich die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel.³⁾

In diesen Fällen wäre nämlich die Gesetzgeber meist überhaupt nicht in der Lage, die Abwehr im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse selbst zu

1) so bereits Locke, a.a.O., §§ 159, 160
cf. aber auch Emmerig, DÖV 55,102
H.J.Wolff, VVDStRL 9,166 f

2) cf. dazu Wacke, DÖV 55,459

3) cf. dazu Wacke, a.a.O., S.459

H.J.Wolff, a.a.O., S.166 f

LT-Drucksache BW 6/3570, S.19 zu Nr.5 Z.2

regeln, da sie eine auf die jeweiligen örtlichen Verhältnisse zugeschnittene Regelung erfordern.¹⁾ Oftmals würde der Gesetzgeber auch gar nicht gewillt sein, sich um örtlich begrenzte Gefahren zu kümmern²⁾, da es ihn überfordern würde.

In all diesen Fällen kann und muß die Generalklausel eingreifen.

Sie deckt alle in der Ermächtigung bestehenden Lücken ab. Sie trägt der Verschiedenheit der örtlichen Sicherheits- und Ordnungsbedürfnisse Rechnung, die Schwerfälligkeit des Gesetzgebers und der Gesetzgebung bleibt ohne Auswirkungen.³⁾ Sie ermöglicht es der Polizei alle Gefahren zu bekämpfen, auch die nicht vorhergesehenen und/oder die örtlich begrenzten. Nicht zuletzt aber verhindert sie damit auch ein Aufblühen des berüchtigten "Staatsnotrechts"⁴⁾, in dem die Polizei bei Fehlen einer Generalklausel im Bedarfsfall ein Ventil suchen würde.⁵⁾

2. Mit diesen Ausführungen dürfte die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel - und damit allerdings gleichzeitig und zwangsläufig auch eine Ablehnung der Ansicht, die unter Bezugnahme auf das Rechtsstaatsgebot für jede Eingriffsbefugnis der Polizei eine Spezialermächtigung fordert - bereits hinreichend dargelegt sein.

Die hier getroffene Feststellung über die Notwendigkeit der Generalklausel, die sich (bisher) ausschließlich auf rein pragmatische Erwägung gründet, läßt sich daneben aber noch durch folgende Überlegungen untermauern:

1) cf. LT-Drucksache BW 6/3570 S.19, 2)
H.J.Wolff, a.a.O., S.167

2) Wacke, a.a.O., S.459

3) cf. dazu H.J.Wolff, a.a.O., S.167

4) H.J.Wolff, a.a.O., S.166

5) Keil, S.114

Aufgabe eines jeden Staates ist es, den inneren Frieden zu sichern. Auf seine Wahrung kann auch der freiheitlichste Staat nicht verzichten, will er nicht in den "Naturzustand", in den Zustand der Selbsthilfe und Gewalt, zurückfallen und damit sich selbst aufgeben. Soweit und solange sich nun die polizeiliche Generalklausel auf die Erteilung einer zur Erfüllung dieser elementaren Aufgabe unerläßlichen Ermächtigung und Verpflichtung beschränkt, solange bringt diese Klausel eine staatliche Notwendigkeit zum Ausdruck.¹⁾

Daraus aber folgt wiederum, daß kein Staat und kein Gesetzgeber über den polizeilichen Schutz frei disponieren kann²⁾, d.h. kein Staat kann seiner Polizei die Ermächtigung zur Gefahrenabwehr schlechthin verweigern.³⁾ Allenfalls kann er - und auch das nur in gewissen Grenzen - Eingriffsvoraussetzungen und Eingriffsmittel bestimmen⁴⁾, also nur Art und Intensität der polizeilichen Maßnahmen regeln.⁵⁾

Das Verlangen nach einer Spezialermächtigung für alle Fälle polizeilichen Einschreitens, - wie sie diejenigen fordern, die die Notwendigkeit der polizeilichen Generalklausel bestreiten - wäre nun doch aber nur dann sinnvoll, wenn man dem Gesetzgeber auch die Befugnis zustehen wollte, die Ermächtigung nicht zu geben.

Diese Konsequenz aber ist, wie soeben ausgeführt wurde, nicht möglich - die Notwendigkeit der polizeilichen Generalermächtigung aber ist damit bewiesen.⁶⁾

1) cf. insoweit Vogel, a.a.O., S.384 f
Kirchhof, JuS 74,782; R.Scholz, DVBl 68,735
aber auch oben S.79 f

2) Vogel, a.a.O., S.385

3) Kirchhof, a.a.O., 782

4) Vogel, a.a.O., S.385

5) Kirchhof, a.a.O., 782

6) cf. insoweit Vogel, a.a.O., S.385
im Ergebnis auch Drews-Wacke, Polizeirecht, S.45
Kirchhof, a.a.O., S.782 ff
Peters, DÜV 53,385, 387
Ule, BW VBl 56,68
H.J.Wolff, a.a.O., S.166 f

So hat denn auch bereits Lorenz von Stein zu Recht festgestellt¹⁾: "Die Polizei hat an sich das Recht zu Polizeiverfügungen²⁾ und keine Gesetzgebung der Welt hat es der Polizei jemals bestritten oder verweigert".³⁾ Auch die Verfechter des Spezialermächtigungssystems können an dieser Tatsache nicht vorbeigehen.

1) L.v.Stein, Die Verwaltungslehre, S.32 f

2) Bei L.v.Stein umfaßt dieser Begriff auch die Polizeiverordnungen. cf. L.v.Stein, Verwaltungslehre, S.31 f; Handbuch S.219 ff

3) cf. dazu auch Vogel, a.a.O., S.385
K.Scholz, a.a.O., 735

§ 11. Schlußwort

1. Die vorgehenden Erörterungen haben dargetan, daß die gegen die polizeiliche Generalklausel erhobenen Bedenken nicht durchgreifen.

a. So wurde im Ersten Abschnitt die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Generalklausel in allen Einzelheiten untersucht.

aa. Dabei konnte gezeigt werden, daß die Generalklausel nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt, läßt doch auch sie den Schluß von der Aufgabe auf die Befugnis nicht zu. (Zweiter Abschnitt, § 4, A, I, (1)).

Ebensowenig kollidiert sie mit dem Vorrang des Gesetzes, denn sie erweitert den Kompetenzbereich der Polizei nicht. (Zweiter Abschnitt, § 4, A, I, (2)).

bb. Die polizeiliche Generalklausel entspricht aber insoweit nicht nur dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sie entspricht auch dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung. In ihrer Ausgestaltung wird der Bindungswille des Gesetzgebers deutlich, jedes Handeln der Polizei auf der Grundlage der Generalklausel an Recht und Gesetz zu binden. Dabei zeigt es sich, daß auf dem vom schleswig-holsteinischen Gesetzgeber gewählten Wege - durch die Hereinnahme der polizeirechtlichen Regelungen in eine Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts - diese Bindung noch in optimaler Weise hervorgehoben und verdeutlicht werden kann. (Zweiter Abschnitt, § 4, A, II).

cc. Auch der Vorwurf der "Unbestimmtheit" erweist sich als nicht durchschlagend. Die polizeiliche Generalklausel entspricht sowohl als Verordnungs- als auch als Verfügungsermächtigung den in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck kommenden rechtsstaatlichen Anforderungen. (Zweiter Abschnitt, § 5).

dd. Was schließlich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der in der Generalklausel enthaltenen polizeilichen Ordnungsfunktion angeht, so wurde gezeigt, daß es mit unserem heutigen, vom Grundgesetz geprägten Rechtsstaatsverständnis durchaus vereinbar ist, wenn bei der Erteilung einer polizeilichen Eingriffsermächtigung auf "Wertvorstellungen eines überwiegenden Bevölkerungsteils" zurückgegriffen wird, ja daß dies nach dem Grundgesetz sogar geboten sein kann. (Zweiter Abschnitt, § 6).

b. Nachdem damit im Zweiten Abschnitt insgesamt die Vereinbarkeit der polizeilichen Generalklausel mit den Anforderungen des Grundgesetzes bejaht werden konnte, wurde im Dritten Abschnitt ausgeführt, daß das Generalermächtigungssystem mit seiner Generalklausel - insbesondere in der schleswig-holsteinischen Ausgestaltung - dem Wesen des Rechtsstaats besser entspricht und die Garantie der persönlichen Freiheit des einzelnen in der Praxis in höherem Maße gewährleistet als ein System isolierter Spezialermächtigungen. Dabei wurde auch deutlich gemacht - und anhand vorliegender Erfahrungen belegt -, daß im Gegenteil das Spezialermächtigungssystem infolge seiner zwangsläufigen Unzulänglichkeit gerade auf dem Gebiet des Polizeirechts eine allgemeine Rechtsunsicherheit bewirken und sogar zu einer Gefahr für den Rechtsstaat werden kann. (Dritter Abschnitt, § 7).

c. Die Frage nach der Praktikabilität beider Systeme wurde im Vierten Abschnitt, § 8, untersucht. Auch hierbei erweist sich das Generalermächtigungssystem mit seiner Generalklausel insgesamt wieder als das bessere, das leichter und sicherer zu handhabende.

d. Im Fünften Abschnitt schließlich wurde die - wohl ohnehin unbestrittene - Zweckmäßigkeit der polizeilichen

Generalklausel aufgezeigt, darüberhinaus aber auch ihre Notwendigkeit für das Polizeirecht nachgewiesen, wobei sich die Argumentation nicht nur auf rein pragmatische Erwägung beschränkte. (Fünfter Abschnitt, § 9).

2. Nach dem Ergebnis der hier durchgeführten Untersuchungen ist die Hereinnahme der polizeilichen Generalklausel in das geplante einheitliche Polizeigesetz der Länder nicht nur unbedenklich, sondern sogar im höchsten Maße zu empfehlen. Zudem kann, wie die Untersuchungen insbesondere im Fünften Abschnitt gezeigt haben, sich auf Dauer kein Gesetzgeber der Notwendigkeit entziehen, seiner Polizei eine - subsidiäre - Generalermächtigung zu erteilen. Dieser Tatsache hat auch der baden-württembergische Gesetzgeber mit seiner jüngsten Änderung des Polizeirechts¹⁾ erst wieder deutlich Rechnung getragen.

3. Mit der Übernahme der polizeilichen Generalklausel in ein einheitliches Polizeigesetz der Länder würde aber nicht nur dem Erfordernis der Notwendigkeit entsprochen, ihre Übernahme wäre vielmehr auch ein oder sogar der entscheidende Schritt zur Vereinheitlichung unseres Polizeirechts. Eine solche Einheit, die wohl von allen befürwortet wird²⁾ und deren Notwendigkeit insbesondere in der heutigen Zeit sich wohl auch niemand ernsthaft verschließen kann, sollte auch nicht durch "einseitige Affekte und Vorurteile"³⁾ verhindert oder auch nur unnötig erschwert werden.

1) "Gesetz zur Ablösung des Polizeistrafrechts" vom 2.7.1974; cf. dazu S.4, Fußn.2 und S.98 ff

2) So auch von den Gegnern der polizeilichen Generalklausel, z.B. von F.Mayer, DVBl 59,452; ders.; DGV 60,91ff ders., Bay VBl 73,27 Samper, Bay VBl 74,545

3) Maunz-Dürig-Herzog sind der Ansicht, es seien letztlich (nur) einseitige Affekte und Vorurteile gewesen, die zur Entscheidung für die Spezialermächtigung und gegen die Generalklausel geführt hätten. (Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2 Rdnr.79)

a. Sicherlich, es ist legitim und sogar wünschenswert, jeder Neuerung zunächst einmal kritisch zu begegnen und selbst bei einer Einigkeit über die Zielsetzung die Frage des "Wie" sorgfältig zu überdenken und sich nicht voreilig von Bewährtem zu trennen. Und sicherlich hat auch die Frage, ob es richtig und zweckmäßig ist, alter Traditionen zu entsagen, sie aufzugeben, hier ihren Platz und ihre Berechtigung.

b. Indes, nachdem der Nachweis geführt werden konnte, daß das Generalermächtigungssystem mit seiner polizeilichen Generalklausel verfassungsgemäß ist und allen rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht - und dies sogar noch in höherem Maße als ein System isolierter Spezialermächtigungen - sollte allein der Einwand entgegenstehender Rechts-tradition der Übernahme der polizeilichen Generalklausel in das bayerische Polizeirecht - , und damit der auf diesem Gebiet so notwendigen Rechtseinheit - nicht länger im Wege stehen. Dies umso weniger dann, wenn es - wie in Bayern - durchaus nicht sicher ist, ob damit tatsächlich "von heute auf morgen (ein) völlig fremdes Recht gewissermaßen auf den Stamm des alten, in langer Entwicklung gewachsenen Rechts einfach aufgepfropft"¹⁾ wird. Denn die Frage, ob das System der Spezialdelegation der bayerischen Rechtstradition tatsächlich entspricht und eine polizeiliche Generalklausel - und sei sie gewohnheitsrechtlicher Art - dem bayerischen Polizeirecht wirklich völlig fremd ist, ist durchaus streitig.

So wird diese Behauptung, deren Nachweis insbesondere F.Mayer eine eingehende Arbeit gewidmet hat²⁾, nicht nur

1) F.Mayer, DVBl 59,452 (Hervorhebung vom Verfasser)

2) F.Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht; cf. zu dieser Behauptung auch Wittmann, General- und Spezialermächtigung im bayerischen Polizeirecht, der im Ergebnis mit F.Mayer übereinstimmt.

von Drews-Wacke¹⁾ in Zweifel gezogen, ihre Richtigkeit - zumindest aber, ob der Nachweis dafür bisher geglückt ist - wird zunehmend auch von bayerischen Autoren²⁾ in Frage gestellt.

Wenn auch das Polizeistrafgesetzbuch von 1861 unbestreitbar das spezialgesetzliche Ermächtigungssystem in die "Polizeigeschichte Bayerns"³⁾ eingeführt hat - davor galt in Bayern uneingeschränkt der Satz "ius ad finem dat ius ad media"⁴⁾, so ist dabei doch zu bedenken, daß "Polizei"-geschichte in diesem Zusammenhang nur die Geschichte der Verwaltungs"polizei", nicht aber der Vollzugs"polizei" bedeutet.⁵⁾ Aber selbst hier kann man an der Tatsache, daß der bayerische Gesetzgeber in den Unruhezeiten des Jahres 1932 zur Einführung des Art.44a in das Polizeistrafgesetzbuch gezwungen war, wonach die staatlichen Polizeibehörden zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder für die Sicherheit der Person oder des Eigentums Anordnungen mit vorübergehender Geltung unter Androhung von Haftstrafen bis zu 6 Wochen oder von Geldstrafen bis zu 150 Mark durch ober- oder bezirkspolizeiliche Vorschriften erlassen konnten⁶⁾, nicht vorbeigehen. Mit diesem Art.44a PStGB hatte somit auch das Polizeistrafgesetzbuch seine Generalklausel erhalten. Diese Tatsache aber läßt die Behauptung bei Maunz-Dürig-Herzog, "das ganze süddeutsche System der Polizeistrafgesetzbücher sei insofern ein Mißkalkül gewesen, als man trotz allen Mühens um typisiertes Polizeirecht doch in polizeiliche Generalermächtigungen ausweichen habe müssen⁷⁾, zumindest

1) Drews-Wacke, a.a.O., S.45

2) so von Bachof, DÖV 55,105; Maunz, Bay VBl 58,192; Samper, LAG, Art.4 Rdnr.7

3) Schiedermaier, Bay VBl 62,200

4) Bei Beginn des Verfassungslebens (1818) fand sich in Bayern hinsichtlich der Polizei folgende Rechtslage: Die Polizei ist verpflichtet, die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten. Die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Befugnisse waren in der Aufgabe mitenthalten (Heder, S.6)

5) Samper, a.a.O., Art.4 Rdnr.7

6) cf. dazu Samper, a.a.O., Art.4 Rdnr.7

7) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2 Rdnr.80

nicht ganz unberechtigt erscheinen - auf jeden Fall aber steht sie nicht im Einklang mit der Aussage, eine polizeiliche Generalklausel sei dem bayerischen Polizeirecht "völlig fremd".

Erst recht aber ist der Nachweis, daß für die Vollzugs-"polizei" ein Spezialermächtigungssystem gegolten habe, nicht geglückt. Der von Mayer¹⁾ hierfür angeführte Antrag der Sozialdemokratischen Partei "gegen die mißbräuchliche Handhabung des Art.102 AGStPO durch die Vollzugsbehörden", der von ihr am 1.Dezember 1926 im Bayerischen Landtag eingebracht wurde, vermag ebensowenig die Behauptung einer (ausschließlich) "spezialgesetzlichen Tradition" in Bayern zu stützen, wie die von ihm zitierten Angriffe Nawlaskys und Rothenbüchers.²⁾ Beides zeigt nämlich nur "das Bemühen politischer und wissenschaftlicher Kräfte, eine andere als die herrschende Übung durchzusetzen" - und widerspricht damit gerade der Behauptung, daß eine solche "spezialgesetzliche Tradition" vorhanden gewesen sei.³⁾

Zu Recht wirft daher Samper⁴⁾ Mayer vor, seine Untersuchungen nie auf die Frage erstreckt zu haben, "welches denn die tatsächliche Übung war, insbesondere nicht auf die Frage, wie denn die Beamten in ihrer Ausbildung tatsächlich instruiert wurden". Gerade aber zu dieser Frage vorliegende Äußerungen von Vollzugsbeamten, die vor dem Ersten Weltkrieg in Bayern tätig waren, müssen schwere Zweifel an der These eine "spezialgesetzliche Tradition" aufkommen lassen. Nach diesen Aussagen hat nämlich die theoretische Ausbildung im allgemeinen Polizeirecht im wesentlichen darin bestanden, den § 10 II 17 ALR, den

1) F.Mayer, Eigenständigkeit, S.168

2) cf. dazu F.Mayer a.a.O., S.167 ff

3) Samper, a.a.O., Art.4 Rdnr.7

4) Samper, a.a.O. (Hervorhebung vom Verfasser)

Vorläufer der "klassischen Generalklausel", auswendig zu lernen, der zudem in alten Polizeiwachstuben eingeraht an der Wand gehangen haben soll.¹⁾

Die Zweifel an der Existenz einer ausschließlich "spezialgesetzlichen Tradition" und insbesondere an der Behauptung, eine polizeiliche Generalklausel sei dem bayerischen Polizeirecht "völlig fremd", werden im übrigen auch noch durch die Tatsache verstärkt, daß selbst der Bay VGH noch 1953 zu der Auffassung neigte, "daß die polizeiliche Generalklausel heute (1953) noch gilt".²⁾

Das bayerische Innenministerium war sich in seiner Beurteilung hinsichtlich der Geltung einer dem § 14 prPVG entsprechenden Generalklausel nicht sicher - es äußerte sich dazu insgesamt widersprüchlich.³⁾ Und auch der bayerische Gesetzgeber vermochte es noch beim Erlass des PAG ganz offensichtlich nicht auszuschließen, daß die polizeiliche Generalklausel - und sei es gewohnheitsrechtlich - nicht auch in Bayern Geltung erlangt haben könnte. Wie anders wäre sonst Art.64 Abs.1 PAG⁴⁾ zu erklären, in dem bestimmt wird, daß mit seinem Inkrafttreten "alles entgegenstehende oder gleichlautende bayerische Recht außer Kraft" trete.

1) cf. dazu Samper, a.a.O.

2) Bay VGH in einem unveröffentlichten Urteil vom 2.12.1953 - Nr.224 II 3/52.

Dort hat der Bay VGH zu der Frage, ob in Bayern eine polizeiliche Generalklausel existiert, wie folgt Stellung genommen: "Die Ansicht der Gemeinde, die polizeiliche Generalklausel habe heute keine Geltung mehr, wird in Rechtsprechung und Literatur vielfach nicht geteilt. Auch der erkennende Senat neigt in Übereinstimmung mit DÖV 1949/463, 1950/76 und 704, 1952/546, Bay Bgn. 1952/57, ZMR 1953/229, Nebinger, Verwaltungsrecht (2.Auflage) S.87 zu der Auffassung, daß die polizeiliche Generalklausel heute noch gilt."

cf. dazu Bachof, DÖV 55,105 und oben S.101, Fußn.1, 2
3) cf. dazu Wittmann, S.35; Bachof, a.a.O., S.105
F.Mayer, a.a.O., S.163 ff; A.Mayer, Die Neue Polizei, S.110 ff

4) s. Anhang III

Nach der amtlichen Begründung sollte damit sichergestellt werden, daß auch das dem PAG entgegenstehende Gewohnheitsrecht, soweit es sich in Bayern bilden konnte, außer Kraft gesetzt wurde. Insbesondere sollte nicht mehr die Auffassung vertreten werden können, "neben den Bestimmungen des PAG gelte immer noch (!) eine gewohnheitsrechtliche polizeiliche Generalklausel im Sinne des § 14 Abs.1 prPVG".¹⁾

c. Schon diese kurzen Ausführungen lassen deutlich werden, daß es zumindest höchst zweifelhaft ist, ob das System (isolierter) Spezialermächtigungen tatsächlich der bayerischen Rechtstradition entspricht. Auf jeden Fall zeigen sie, daß es nicht gerechtfertigt ist, die Ablehnung der Übernahme der polizeilichen Generalklausel ausschließlich damit begründen zu wollen, daß die Generalklausel dem bayerischen Polizeirecht "völlig fremd" sei.

Damit aber gibt es auch für Bayern keinen stichhaltigen und überzeugenden Grund mehr, die Generalklausel für sein Polizeirecht abzulehnen.

4. Wem also die Einheit auf dem Gebiet des Polizeirechts bei einem Höchstmaß an innerer Sicherheit aber auch an Rechtsstaatlichkeit ein Anliegen ist - und dies müßte, im Hinblick auf die jüngsten Ereignisse auf dem Gebiete der inneren Sicherheit, die gezeigt haben, daß gerade hier ein "Mehr" in jeder Hinsicht heute erforderlicher denn je ist, eigentlich das Anliegen aller sein -, der darf die Erreichung dieses Ziels nicht durch "einseitige", gegen die polizeiliche Generalklausel gerichtete "Affekte und Vorurteile" unnötig erschweren.

1) Berner, PAG, Art.71 Anm.1

Auf diesem Weg zu einem einheitlichen Polizeirecht, sollte man aber auch gleichzeitig die Gelegenheit wahrnehmen, den Begriff "Polizei" zu alter "Einheitlichkeit" zurückzuführen. Daß ein solcher einheitlicher Polizeibegriff auch heute noch möglich und sinnvoll ist, wurde im Ersten Teil der Arbeit ausführlich dargelegt. (Erster Teil, § 3, A). Nicht zuletzt nämlich würde seine Vereinheitlichung eine weitere Vereinfachung der polizeirechtlichen Kodifikationen ermöglichen und damit wiederum ihre Übersichtlichkeit noch mehr verbessern.¹⁾

1) cf. dazu Ule, BW VBl 56,65 ff

Anhang

Anhang I

Polizeiverwaltungsgesetz -PVG- (Auszug)+
vom 1. Juni 1931

- § 1 : Die Polizei ist Angelegenheit des Staates.
- § 14 : (1) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. (2) Daneben haben die Polizeibehörden diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihnen durch Gesetz besonders übertragen sind.
- § 15 : (1) Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, sind die Polizeibehörden nur dann befugt, wenn diese Maßnahme erforderlich ist:
- a) zum eigenen Schutz dieser Personen,
 - b) zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden polizeilichen Gefahr, falls die Beseitigung der Störung oder die Abwehr der Gefahr auf andere Weise nicht möglich ist.
- (2) Die in polizeiliche Verwahrung genommenen Personen müssen, soweit es sich nicht um gemeingefährliche Geisteskranken handelt, spätestens im Laufe des folgenden Tages aus der polizeilichen Verwahrung entlassen werden.
- (3) Die vorstehenden Bestimmungen gelten nicht für Auslieferungs- und Ausweisungsangelegenheiten.

+ Die Wiedergabe beschränkt sich im wesentlichen auf die in der Arbeit angesprochenen Bestimmungen.

§ 16 : (1) In der Wohnung wider den Willen des Inhabers während der Nachtzeit einzudringen, ist den Polizeibeamten nur gestattet:

- a) soweit diese Maßnahme erforderlich ist zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen,
- b) auf ein Ersuchen, das aus der Wohnung hervorgegangen ist.

(2) Diese Beschränkung bezieht sich nicht auf Räume, die während der Nachtzeit dem Publikum zugänglich sind oder dem vorhandenen Publikum zum ferneren Aufenthalt zur Verfügung stehen.

(3) Als Nachtzeit im Sinne des Abs.1 gelten die jeweils in der Strafprozeßordnung als Nachtzeit bezeichneten Stunden.

§ 17 : (1) die Vorladung von Personen im Zwangswege durchzuführen, sind die Polizeibehörden nur befugt, soweit diese Maßnahme zur Ermittlung oder Aufklärung einer Handlung oder Unterlassung erforderlich ist, die den Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens rechtfertigen.

(2) Bei Festsetzung des Termins der polizeilichen Vorladung soll, soweit es tunlich ist, auf den Beruf und die sonstigen Lebensverhältnisse des Vorzuladenden Rücksicht genommen werden.

§ 18 : Die Polizeibehörden haben die Maßnahmen, die durch das polizeiwidrige Verhalten von Personen oder den polizeiwidrigen Zustand von Sachen erforderlich werden, gegen diejenigen zu richten, die für das polizeimäßige Verhalten oder den polizeimäßigen Zustand verantwortlich (polizeipflichtig) sind.

- § 19 : (1) Wird die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch das Verhalten von Personen gestört oder gefährdet, so haben sich die Polizeibehörden an diejenigen Personen zu halten, die die Störung oder Gefahr verursacht haben.
- (2) Für das polizeimäßige Verhalten von strafunmündigen Kindern und Personen, die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind, ist auch derjenige verantwortlich, dem die Sorge für eine solche Person obliegt.
- (3) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist neben dem anderen dafür verantwortlich, daß dieser in Ausführung der Verrichtung sich polizeimäßig verhält.
- § 20 : (1) Für den polizeimäßigen Zustand einer Sache ist deren Eigentümer verantwortlich.
- (2) Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, ist für deren polizeimäßigen Zustand neben dem Eigentümer verantwortlich. Er ist hierfür an Stelle des Eigentümers verantwortlich, wenn er die tatsächliche Gewalt gegen den Willen des Eigentümers ausübt oder auf einen im Einverständnis mit dem Eigentümer schriftlich oder protokollarisch gestellten Antrag von der zuständigen Polizeibehörde als allein polizeipflichtig anerkannt ist.
- (3) Diese Bestimmungen gelten nicht für öffentliche Wege und Wasserläufe.
- § 21 : Zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden polizeilichen Gefahr dürfen die Polizeibehörden, falls die Beseitigung der Störung oder die Abwehr der Gefahr

auf andere Weise nicht möglich ist, Maßnahmen auch gegen Personen treffen, die nach den §§ 18 bis 20 nicht polizeipflichtig sind. Diese Maßnahmen dürfen indessen nur getroffen und aufrechterhalten werden, soweit oder solange die Polizeibehörde nicht andere zur Beseitigung der Gefahr führende Maßnahmen treffen kann.

§ 24 : Polizeiverordnungen sind polizeiliche Gebote oder Verbote, die für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtet sind.

§ 30 : (1) Polizeiverordnungen dürfen keine Bestimmungen enthalten, die mit den Gesetzen oder mit Rechtsverordnungen einer höheren Behörde in Widerspruch stehen.

(2) Ist eine Angelegenheit durch Polizeiverordnung einer höheren Polizeibehörde geregelt, so darf sie nur insoweit durch Polizeiverordnungen einer nachgeordneten Behörde ergänzend geregelt werden, als die Polizeiverordnung der höheren Behörde dies ausdrücklich zuläßt.

§ 31 : (1) Polizeiverordnungen dürfen nicht lediglich den Zweck haben, die Polizeibehörden die ihnen obliegende Aufsicht zu erleichtern.

(2) Polizeiverordnungen müssen in ihrem Inhalte bestimmt sein. Hinweise auf Anordnungen (z.B. Bekanntmachungen) außerhalb von Polizeiverordnungen sind in Polizeiverordnungen unzulässig, soweit diese Anordnungen Gebote oder Verbote von unbeschränkter Dauer enthalten.

(3) Soweit Polizeiverordnungen der Minister Überwachungsbedürftige Anlagen betreffen, kann in diesen hinsichtlich der technischen Vorschriften auf Bekanntmachungen besonderer sachverständiger Stel-

len verwiesen werden. Die Art der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung ist zu bestimmen. Auf die erfolgte Veröffentlichung ist in der Preußischen Gesetzsammlung hinzuweisen.

- § 41 : (1) Polizeiliche Verfügungen sind, sofern sie nicht auf Grund einer Polizeiverordnung oder eines besonderen Gesetzes erlassen werden, nur gültig, soweit sie zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Abwehr einer im einzelnen Falle bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erforderlich sind.
- (2) Kommen zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur wirksamen Abwehr einer polizeilichen Gefahr mehrere Mittel in Frage, so genügt es, wenn die Polizeibehörde eines dieser Mittel bestimmt. Dabei ist tunlichst das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen. Dem Betroffenen ist auf Antrag zu gestatten, ein von ihm angebotenes anderes Mittel anzuwenden, durch das die Gefahr ebenso wirksam abgewehrt wird. Der Antrag kann nur bis zum Ablauf der Frist für die Erhebung der Klage im Verwaltungsstreitverfahren (§ 49) gestellt werden.
- § 43 : Fallen nach Erlaß einer polizeilichen Verfügung, die fortdauernde Wirkung ausübt, die Voraussetzungen für ihre Aufrechterhaltung fort, so kann der Betroffene die Aufhebung der Verfügung verlangen. Die Ablehnung der Aufhebung gilt als polizeiliche Verfügung.
- § 46 : Mit der Beschwerde kann sowohl die Rechtmäßigkeit als auch die Zweckmäßigkeit der polizeilichen Verfügung angefochten werden.

§ 49 : Gegen einen abweisenden Beschwerdebescheid und gegen die polizeiliche Verfügung eines Regierungspräsidenten und des Polizeipräsidenten in Berlin findet binnen zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt. Verwaltungsgericht erster Instanz ist das Bezirksverwaltungsgericht. Sofern ein Mitglied des Bezirksverwaltungsgerichts bei der Bearbeitung der abhängigen Angelegenheit beteiligt gewesen ist, gilt es als behindert. Die Klage ist gegen diejenige Behörde zu richten, die den Beschwerdebescheid erlassen hat.

Anhang II

I. Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz, LVwG, Auszug)⁺

vom 18. April 1967

Einleitende Vorschrift

§ 1 : Geltungsbereich des Gesetzes

(1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Träger der öffentlichen Verwaltung im Lande Schleswig-Holstein. Das Gesetz gilt auch für die Organisation der Träger der öffentlichen Verwaltung, soweit sie nicht durch besondere Gesetze geregelt ist.

Zweiter Teil

Verwaltungshandeln

Abschnitt I

Allgemeine Vorschriften

Titel 1

Verwaltungshandeln durch Verordnung

§ 53 : Begriff der Verordnung

Verordnung ist eine Anordnung an eine unbestimmte Anzahl von Personen zur Regelung einer unbestimmten Anzahl von Fällen, die auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung von Landesbehörden oder Behörden der Gemeinden, Kreise und Ämter in den ihnen zur Erfüllung nach Weisung übertragenen Angelegenheiten getroffen wird.

§ 54 : Landesverordnungen

(3) Landesverordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit Ausnahme der Verordnungen der

+ Die Wiedergabe beschränkt sich im wesentlichen auf die in der Arbeit angesprochenen Bestimmungen.

Bergbehörden sind auf Verlangen des Landtages aufzuheben.

§ 57 : Verbot des Widerspruchs mit anderen Rechtsvorschriften

(1) Verordnungen dürfen keine Bestimmungen enthalten, die mit Gesetzen im Widerspruch stehen. Stadt-, Gemeinde-, Kreis- und Amtsverordnungen dürfen keine Bestimmungen enthalten, die mit Landesverordnungen im Widerspruch stehen. Dies gilt entsprechend für Stadt-, Gemeinde- und Amtsverordnungen im Verhältnis zu Kreisverordnungen.

§ 58 : Inhalt der Verordnungen

(1) Verordnungen müssen in ihrem Inhalt bestimmt sein.

(4) Verordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung dürfen nicht lediglich zu dem Zweck erlassen werden, den Behörden die ihnen obliegende Aufsicht zu erleichtern.

Titel 4

Verwaltungshandeln durch Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag

I. Allgemeine Grundsätze

§ 72 : Grundsatz der Gesetzmäßigkeit

Die Behörde ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an Gesetz und Recht gebunden. Sie darf in die Rechte des einzelnen nur eingreifen und dem einzelnen Pflichten nur auferlegen, soweit es gesetzlich zulässig ist.

§ 73 : Ermessen

(1) Die Behörde entscheidet, soweit Rechtsvorschriften nicht bestimmen, daß oder in welcher Weise sie tätig zu werden hat, im Rahmen der ihr erteilten Ermächtigung nach sachlichen Gesichtspunkten unter

Abwägung der öffentlichen Belange und der Interessen des einzelnen über die von ihr zu treffenden Maßnahmen (pflichtmäßiges Ermessen).

(2) Die Maßnahme darf nicht zu einer Beeinträchtigung des einzelnen oder der Allgemeinheit führen, die zu dem beabsichtigten Erfolg in einem offenbaren Mißverhältnis steht.

(3) Die Behörde hat unter mehreren zulässigen und geeigneten Maßnahmen tunlichst diejenigen anzuwenden, die die Allgemeinheit und den einzelnen am wenigsten beeinträchtigen.

Abschnitt II

Besondere Vorschriften

Titel 4

Öffentliche Sicherheit und Ordnung

I. Aufgaben und Zuständigkeit

§ 163 :Aufgaben

(1) Das Land, die Gemeinden, die Kreise und die Ämter haben die Aufgabe, von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird (Gefahrenabwehr).

(2) Die Gefahrenabwehr wird als Landesaufgabe von den Gemeinden, Kreisen und Ämtern zur Erfüllung nach Weisung wahrgenommen.

(3) Für die Gefahrenabwehr gelten die §§ 163 bis 193 und, soweit sich aus ihnen nicht Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes.

§ 164 :Ordnungsbehörden und Polizei

(1) Die Gefahrenabwehr obliegt den Ordnungsbehörden und der Polizei.

(2) Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben ferner diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihnen durch besondere Rechtsvorschriften übertragen sind. Soweit für die Durchführung dieser Aufgaben die be-

sonderen Rechtsvorschriften nichts Abweichendes bestimmen, gelten die §§ 163 bis 193 nach Maßgabe der §§ 166 und 168.

II. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

§ 170 : Rechtsgrundlage

- (1) Die Ordnungsbehörden und die Polizei führen die Aufgabe der Gefahrenabwehr nach den hierfür erlassenen besonderen Gesetzen und Verordnungen durch.
- (2) Nur soweit solche besonderen Gesetze und Verordnungen fehlen oder eine abschließende Regelung nicht enthalten, gelten für die Durchführung der Gefahrenabwehr die §§ 171 bis 193.

§ 171 : Allgemeiner Grundsatz

Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

§ 172 : Verordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung

- (1) Die Landes-, Kreis- und örtlichen Ordnungsbehörden können als Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung Verordnungen erlassen (Verordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung).
- (2) Für den Erlass von Verordnungen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung gilt § 73 entsprechend.

§ 173 : Verwaltungsakte (Verfügungen)

- (1) Verwaltungsakte als Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, die in die Rechte des einzelnen eingreifen, sind, sofern sie nicht auf Grund eines besonderen Gesetzes oder einer Verordnung über die öffentli-

che Sicherheit und Ordnung erlassen werden, nur zulässig, soweit sie

1. zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder
 2. zur Abwehr einer im einzelnen Falle bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung
- erforderlich sind.

(2) § 58 Abs.4 gilt entsprechend.

§ 174 : Unmittelbare Ausführung

(1) Die Störung oder die Gefahr kann unmittelbar im Wege der Ersatzvornahme oder des unmittelbaren Zwanges beseitigt werden, wenn

1. die Voraussetzungen des § 173 vorliegen und
2. entweder
 - a) ein nach §§ 184 bis 186 Verantwortlicher nicht vorhanden ist oder
 - b) ein Verantwortlicher nicht oder nicht rechtzeitig zu ermitteln ist oder aus anderen Gründen nicht oder nicht rechtzeitig die Störung oder die Gefahr beseitigt werden kann.

(2) In den Fällen des Abs.1 Nr.2 Buchst.b) ist der Verantwortliche unverzüglich zu benachrichtigen.

§ 175 : Schutz privater Rechte

Zum Schutz privater Rechte dürfen unter den Voraussetzungen des § 171 Maßnahmen nur auf Antrag des Berechtigten und nur dann getroffen werden, wenn

1. gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und
2. ohne die Hilfe die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird.

Die Maßnahmen haben sich auf das zu beschränken, was zum Schutz des Rechts unbedingt erforderlich ist.

§ 176 : Personenfeststellung

- (1) Die Identität einer Person kann festgestellt werden, wenn es zur Gefahrenabwehr notwendig ist.
- (2) Der Betroffene kann zur Dienststelle verbracht werden, wenn seine Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Der Betroffene darf auf der Dienststelle nicht länger festgehalten werden, als es zur Feststellung seiner Identität erforderlich ist. Spätestens am Ende des Tages nach dem Verbringen zur Dienststelle muß der Betroffene entlassen werden.
- (3) Maßnahmen nach Absatz 2 kann nur die Polizei vollziehen. Ersuchen der Ordnungsbehörden an die Polizei müssen den tatsächlichen und rechtlichen Grund der Maßnahme erkennen lassen.
- (4) Eine nach Art.104 Abs.2 des Grundgesetzes notwendige richterliche Entscheidung ist unverzüglich herbeizuführen. Zuständig für die richterliche Entscheidung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Betroffene festgehalten wird. Für das Verfahren findet das Gesetz über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend Anwendung. Das Amtsgericht entscheidet endgültig.

§ 177 : Vorladung

- (1) Personen können vorgeladen werden, wenn es zur Gefahrenabwehr notwendig ist. Auf die beruflichen Verpflichtungen und die sonstigen Lebensverhältnisse des Vorgeladenen ist Rücksicht zu nehmen. Der Zweck der Vorladung ist ihm mitzuteilen. Der Grund soll angegeben werden.
- (2) Die Vorladung darf nicht im Zwangswege durchgesetzt werden.

§ 178 : Erkennungsdienstliche Maßnahmen

(1) Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind nur zulässig wenn

1. die Identität des Betroffenen (§ 176) anders nicht zuverlässig festzustellen ist,
2. Tatsachen darauf schließen lassen, daß der Betroffene ohne festen Wohnsitz umherzieht, oder
3. es zur vorbeugenden Bekämpfung von Verbrechen oder Vergehen erforderlich ist.

(2) Maßnahmen nach Abs.1 kann nur die Polizei vollziehen. § 176 Abs.3 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) Der Innenminister kann durch Verordnung den Umfang und die Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen regeln, insbesondere die Führung kriminalpolizeilicher Sammlungen zulassen.

§ 179 : Durchsuchung von Personen

(1) Personen können nur durchsucht werden, wenn

1. Tatsachen darauf schließen lassen, daß der Betroffene Sachen bei sich führt, die sichergestellt werden können,
2. der Betroffene zwecks Feststellung seiner Identität zur Dienststelle verbracht worden ist und die Durchsuchung zur Feststellung der Identität für erforderlich gehalten wird oder
3. der Betroffene in Gewahrsam genommen worden ist.

(2) Maßnahmen nach Abs.1 kann nur die Polizei vollziehen. § 176 Abs.3 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 180 : Gewahrsam von Personen

(1) Personen können nur in Gewahrsam genommen werden, wenn

1. auf andere Weise
 - a) eine bereits eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht beseitigt werden kann oder
 - b) eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht ab-

gewehrt kann oder

2. der Gewahrsam zum eigenen Schutz des Betroffenen gegen drohende Gefahren für Leib oder Leben erforderlich ist und
 - a) er um Gewahrsam ersucht,
 - b) er sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in einer hilflosen Lage befindet oder
 - c) die Gefahr der Selbsttötung besteht.
- (2) Maßnahmen nach Abs.1 kann nur die Polizei vollziehen. § 176 Abs.3 Satz 2 gilt entsprechend.
- (3) Der Gewahrsam ist unverzüglich aufzuheben sobald der Grund weggefallen oder der Zweck erreicht ist. Er ist spätestens am Ende des Tages nach der Übernahme in den Gewahrsam aufzuheben, sofern nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch den Richter auf Grund eines anderen Gesetzes angeordnet worden ist.
- (4) § 176 Abs.4 ist anzuwenden.

§ 181 : Durchsuchung von Sachen

Sachen können nur durchsucht werden, wenn

1. jemand sie mitführt, der in Gewahrsam genommen worden ist, oder
2. Tatsachen darauf schließen lassen, daß sich darin befinden
 - a) andere Sachen, die sichergestellt werden können, oder
 - b) Personen, die in Gewahrsam genommen werden können.

§ 182 : Betreten und Durchsuchen von Räumen

- (1) Das Betreten von Wohnungen, Geschäftsräumen oder eines befriedeten Besitztums ist gegen den Willen des Inhabers nur zulässig, wenn dies zur Verhütung einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist.
- (2) Die Durchsuchung von Wohnungen, Geschäfts-

räumen oder eines befriedeten Besitztums ist nur zulässig, um eine Person in Gewahrsam zu nehmen oder eine Sache sicherzustellen, wenn Tatsachen darauf schließen lassen, daß sich die Person oder Sache darin befindet, und Gefahr im Verzuge ist.

(3) Während der Nachtzeit ist das Betreten und die Durchsuchung nur zur Abwehr

1. einer gemeinen Gefahr,
2. einer Lebensgefahr für einzelne oder
3. einer dringenden Gefahr für Gesundheit oder Freiheit zulässig.

(4) Abs.2 und 3 gelten nicht für das Betreten und die Durchsuchung von Räumen

1. in denen unter Polizeiaufsicht stehende Personen leben,
2. die zur Nachtzeit jedermann zugänglich sind oder
3. die den Ordnungsbehörden oder der Polizei als Herberge oder Versammlungsort bestraffter Personen, als Niederlage von Sachen, die mittels mit Strafe bedrohter Handlungen erlangt sind, oder als Schlupfwinkel des Glücksspiels oder gewerbsmäßiger Unzucht bekannt sind.

(5) Durchsuchungsmaßnahmen nach Abs.2 und 3 kann nur die Polizei vollziehen. § 176 Abs.3 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 183 : Sicherstellung von Sachen

(1) Sachen können nur sichergestellt werden, wenn dies erforderlich ist

1. zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder
2. zur Verhinderung einer mißbräuchlichen Verwendung durch jemanden, der in Gewahrsam genommen worden ist.

(2) Die Sicherstellung von Sachen ist aufzuheben, sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind oder der Zweck erreicht ist.

(3) Hat die Polizei eine Sache sichergestellt, so ist die Sicherstellung spätestens nach drei Tagen aufzuheben. Das gilt nicht, wenn die Ordnungsbehörde die Sicherstellung oder deren Fortdauer angeordnet hat.

(4) Sichergestellte Sachen sind amtlich zu verwahren. Falls die Beschaffenheit der Sache dies nicht zuläßt oder die amtliche Verwahrung unzweckmäßig ist, kann der Zweck der Sicherstellung auf andere Weise gewährleistet werden.

III. In Anspruch zu nehmende Personen

§ 184 : Grundsatz

Maßnahmen zur Gefahrenabwehr dürfen nur gegen Personen gerichtet werden, die nach den §§ 185 oder 186 verantwortlich sind. § 187 bleibt unberührt.

§ 185 : Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen

(1) Wird die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch das Verhalten von Personen gestört oder gefährdet, so ist derjenige verantwortlich, der die Störung oder Gefahr verursacht hat.

(2) Verursachen Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind, die Störung oder Gefahr, so ist auch derjenige verantwortlich, dem die Sorge für eine solche Person obliegt.

(3) Verursacht jemand, der zu einer Verrichtung bestellt ist, die Störung, oder Gefahr in Ausübung dieser Verrichtung, so ist auch derjenige verantwortlich, der den anderen zu der Verrichtung bestellt hat.

§ 186 : Verantwortlichkeit für Sachen

- (1) Wird die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch den Zustand einer Sache gestört oder gefährdet, so ist deren Eigentümer verantwortlich.
- (2) Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, ist neben dem Eigentümer verantwortlich. Er ist an Stelle des Eigentümers verantwortlich, wenn er
 1. die tatsächliche Gewalt gegen den Willen des Eigentümers ausübt oder
 2. auf einen im Einverständnis mit dem Eigentümer schriftlich oder zur Niederschrift gestellten Antrag von der zuständigen Behörde als allein verantwortlich anerkannt worden ist.
- (3) Gesetze, die eine andere Regelung enthalten, bleiben unberührt.

§ 187 : Inanspruchnahme anderer Personen

- (1) Zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung oder zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr können Maßnahmen auch gegen andere als die Verantwortlichen (§§ 184 bis 186) getroffen werden, soweit und solange
 1. die Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig in Anspruch genommen werden können und
 2. die Störung oder Gefahr nicht durch die Behörde selbst oder durch einen Beauftragten beseitigt werden kann und
 3. die andere Person ohne erhebliche eigene Gefahr oder Verletzung anderer überwiegender Pflichten in Anspruch genommen werden kann.
- (2) Wird eine andere Person in Anspruch genommen, so hat die Behörde den Verantwortlichen unverzüglich zu benachrichtigen.

IV. Entschädigungsansprüche

§ 188 : Entschädigungsanspruch des Nichtstörers

(1) Wer nach § 187 in Anspruch genommen wird, kann Entschädigung für den ihm hierdurch entstandenen Schaden verlangen.

(2) Ein Entschädigungsanspruch besteht jedoch nicht, soweit

1. der Geschädigte auf andere Weise Ersatz erlangt hat oder

2. der Geschädigte oder sein Vermögen durch die Maßnahme geschützt worden ist.

(3) Abs.1 und 2 finden keine Anwendung, soweit die Entschädigungspflicht wegen rechtmäßiger Maßnahmen in anderen gesetzlichen Vorschriften geregelt oder ausgeschlossen ist.

§ 189 : Entschädigungsanspruch des unbeteiligten Dritten

§ 188 findet entsprechende Anwendung, wenn ein Dritter, der weder nach den §§ 184 bis 186 verantwortlich noch nach § 187 in Anspruch genommen worden ist, durch Maßnahmen zur Gefahrenabwehr getötet oder verletzt wird oder einen billigerweise nicht zumutbaren Schaden erleidet.

§ 190 : Art, Inhalt und Umfang der Entschädigungsleistung

(1) Die Entschädigung wird nur für Vermögensschäden gewährt. Für entgangenen Gewinn, der über den Ausfall des gewöhnlichen Verdienstes oder Nutzungsentgelts hinausgeht, und für Vermögensnachteile, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der zu entschädigenden Maßnahme stehen, ist jedoch eine Entschädigung zu leisten, wenn und soweit diese zur Abwendung unbilliger Härten geboten erscheint.

(2) Die Entschädigung ist in Geld zu gewähren. Besteht der Schaden in der Aufhebung oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit oder in einer Vermehrung der Bedürfnisse oder in dem Verlust oder der Min-

derung eines Rechts auf Unterhalt, so ist die Entschädigung durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Statt der Rente kann eine Abfindung in Kapital verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(3) Die Entschädigung ist nur gegen Abtretung der Ansprüche zu gewähren, die dem Entschädigungsberechtigten auf Grund der Maßnahme, auf der die Entschädigung beruht, gegen Dritte zustehen.

(4) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Betroffenen mitgewirkt, so ist das Mitverschulden zu berücksichtigen.

(5) Der Entschädigungsanspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald der Geschädigte von dem Schaden und dem entschädigungspflichtigen Träger der öffentlichen Verwaltung Kenntnis erlangt. Ohne Rücksicht auf diese Kenntnis kann der Anspruch nur innerhalb von dreißig Jahren seit der Entstehung des Anspruchs geltend gemacht werden.

(6) Gesetze, die weitergehende Ersatzansprüche gewähren, bleiben unberührt.

§ 191 : Entschädigungspflichtiger - Rückgriff

(1) Entschädigungspflichtig ist der Träger der öffentlichen Verwaltung, in dessen Dienst derjenige steht, der die Maßnahme getroffen hat.

(2) In den Fällen des § 188 kann der Entschädigungspflichtige in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Geschäftsführung ohne Auftrag von den nach §§ 184 bis 186 Verantwortlichen durch Verwaltungsakt Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

§ 192 : Rechtsweg

Für Streitigkeiten über die in §§ 188 bis 190 bezeichneten Ansprüche ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

V. Einschränkung von Grundrechten

§ 193 : Einschränkung von Grundrechten

Für Maßnahmen, die nach den Bestimmungen dieses Titels getroffen werden können, werden das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art.2 Abs.2 Satz 1 des Grundgesetzes), das Recht der Freiheit der Person (Art.2 Abs.2 Satz 2 des Grundgesetzes), das Recht der Freizügigkeit (Art.11 des Grundgesetzes), das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.13 des Grundgesetzes) und das Eigentum (Art.14 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

Anhang III

Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in
Bayern- Polizeiaufgabengesetz, PAG, (Auszug)⁺

In der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Oktober 1974

Art. 1 : Begriff der Polizei

Polizei im Sinne dieses Gesetzes sind die im Vollzugsdienst tätigen Dienstkräfte der Polizei des Staates und der Gemeinden.

Art. 2 : Aufgaben

Die Polizei hat die Aufgabe, als Vollzugsorgan der Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung und als Hilfsorgan anderer Verwaltungsbehörden bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen mitzuwirken. Im Rahmen dieser Aufgabe hat sie insbesondere die Verfassung und die Grundrechte zu schützen sowie bei Unglücksfällen und bei gemeiner Gefahr oder Not unbeschadet der Aufgaben anderer Einrichtungen die erforderliche Hilfe zu leisten. Soweit es nötig ist und nicht andere Aufgaben vordringlicher sind, soll sie auch sonst Verletzten und Hilflosen Beistand leisten und ärztliche Hilfe verschaffen.

Art. 3 : Durch andere Gesetze zugewiesene Aufgaben .

Die Polizei hat ferner die Aufgaben zu erfüllen, die ihr durch andere Gesetze zugewiesen sind, insbesondere Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen.

+ Die Wiedergabe beschränkt sich auf die in der Arbeit angesprochenen Bestimmungen. Teilweise werden auch nur die Überschriften der Paragraphen wiedergegeben, soweit aus ihnen bereits der Inhalt der Bestimmung deutlich wird und es allein auf diesen, nicht aber auf den genauen Wortlaut ankommt.

Art.4 : Befugnisse

(1) Zur Erfüllung ihrer Aufgabe nach Art.2 ist die Polizei befugt, im Rahmen der geltenden Gesetze, insbesondere der folgenden Vorschriften, Maßnahmen zu treffen.

(2) Zur Erfüllung der Aufgaben, die ihr durch andere Gesetze zugewiesen sind (Art.3), hat die Polizei die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Gesetze Befugnisse der Polizei nicht regeln, hat sie die Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zur Erfüllung ihrer Aufgabe nach Art.2 zustehen.

Art.5 : Maßnahmen gegen Personen oder Sachen

(1) Maßnahmen nach Abschnitt III dieses Gesetzes darf die Polizei nur treffen, wenn die dort vorgesehenen besonderen Voraussetzungen gegeben sind.

(2) Im übrigen darf die Polizei Maßnahmen gegen Personen oder Sachen gegen den Willen oder ohne den erkennbaren Willen der Person oder des für die Sache Verantwortlichen nur treffen, um

1. rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden,
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen,
3. Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.

(3) Verfassungsfeindlich im Sinne des Gesetzes ist eine Handlung, die darauf gerichtet ist, die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder auf verfassungswidrige Weise zu stören oder zu ändern, ohne den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit zu verwirklichen.

Art. 6 : Notwendigkeit von Maßnahmen

Art. 7 : Beschränkung auf unaufschiebbare Maßnahmen

Art. 8 : Grundsatz der geringstmöglichen Beeinträchtigung
und der Verhältnismäßigkeit

Art. 9 : Maßnahmen gegen Störer

Art.10 : Maßnahmen gegen Sachen

Art.11 : Beseitigung von Störungen

Art.12 : Maßnahmen gegen unbeteiligte Personen

Art.13 : Bestimmtheit der Polizeianordnung; Verordnungs-
verbot

Besondere Bestimmungen über die Befugnisse der Polizei

Art.16 : Platzverweis

Die Polizei kann unter den Voraussetzungen des Art.5 Abs.2 oder des Art.14 Abs.1 Nrn.1 oder 2 jemanden vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihm vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten (Platzverweis). Der Platzverweis kann ferner gegen Personen angeordnet werden, die den Einsatz der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten bei Unglücksfällen und gemeiner Gefahr oder Not behindern.

Art.17 : Gewahrsam bei Leibes- oder Lebensgefahr

(1) Die Polizei kann eine Person zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben in Gewahrsam nehmen,

1. wenn die gefährdete Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in einer hilflosen Lage befindet,

2. wenn sie im Begriff ist, Selbstmord zu begehen.

(2) Die Polizei kann Kinder und Jugendliche, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen ha-

ben oder sich an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

Art.14 : Gewahrsam auf Ersuchen einer Verwaltungsbehörde

(1) Die Polizei hat eine Person auf schriftliches Ersuchen einer dazu gesetzlich ermächtigten Verwaltungsbehörde in Gewahrsam zu nehmen. Das Ersuchen muß den tatsächlichen und rechtlichen Grund der Maßnahme erkennen lassen.

(2) Die Verwaltungsbehörde, die das Ersuchen gestellt hat, ist unverzüglich von der Durchführung zu verständigen.

Art.64 : Aufgehobene Vorschriften

(1) Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes tritt alles entgegenstehende oder gleichlautende bayerische Recht außer Kraft.

Anhang IV

Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht
auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
-Landesstraß- und Verordnungs-gesetz, LStVG, -(Auszug)+

In der Fassung der Bekanntmachung vom 7.November 1974

Zweiter Teil

Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden; Entschädigung⁺⁺

Art.6 : Aufgaben der Sicherheitsbehörden

Die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Innern haben als Sicherheitsbehörden die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten.

Art.7 : Befugnisse der Sicherheitsbehörden

(1) Anordnungen und sonstige Maßnahmen, die in Rechte anderer eingreifen, dürfen nur getroffen werden, wenn die Sicherheitsbehörden durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes dazu besonders ermächtigt sind.

(2) Soweit eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht in Vorschriften dieses Gesetzes oder in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist, können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen nur treffen, um

1. rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit ver-

+ Die Wiedergabe beschränkt sich im wesentlichen auf die in der Arbeit angesprochenen Bestimmungen.

++ Die Bestimmungen des Zweiten Teils sind an die Stelle des Art.5 AGStPO getreten.

- wirklichen, oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden;
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen;
 3. Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.

(3) Sind Anordnungen nach Absatz 2 nicht möglich, nicht zulässig oder versprechen sie keinen Erfolg, so können die Sicherheitsbehörden die Gefahr oder Störung selbst, durch die Polizei oder durch vertraglich Beauftragte abwehren oder beseitigen.

(4) Die Freiheit der Person und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.2 Abs.2 Satz 2 und Art.13 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Art.102 Abs.1 und Art.106 Abs.3 der Verfassung des Freistaates Bayern) dürfen durch Maßnahmen auf Grund der Absätze 2 und 3 nicht eingeschränkt werden.

(5) Verfassungsfeindlich im Sinne dieses Gesetzes ist eine Handlung, die darauf gerichtet ist, die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder auf verfassungswidrige Weise zu stören oder zu ändern, ohne den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit zu verwirklichen.

Art.13 : Halten von Haustieren

(1) Zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Reinlichkeit⁺ oder zum Schutz der Gesundheit können, soweit nicht bundesrechtliche oder besondere landesrechtliche Vorschriften bestehen, die Gemeinden Verordnungen über das Halten von Haustieren in Ställen erlassen.

+ Hervorhebung vom Verfasser

Art.14 : Lebensmittel

(1) Zur Verhütung von Gefahren⁺ für die Gesundheit können, soweit nicht bundesrechtliche Vorschriften bestehen, die kreisfreien Gemeinden, die Landkreise, die Bezirke und das Staatsministerium des Innern Verordnungen über die Beschaffenheit, Aufbewahrung, Verpackung und das Ausstellen, Ausmessen und Auswiegen von Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen erlassen.

Art.15 : Reinlichkeit in Betrieben

(1) Zur Verhütung von Gefahren für die Gesundheit können, soweit nicht bundesrechtliche Vorschriften bestehen, die kreisfreien Gemeinden, die Landkreise, die Bezirke und das Staatsministerium des Innern Verordnungen über die Reinlichkeit in gewerblichen Betrieben erlassen. Die Vorschriften über den Arbeitsschutz bleiben unberührt.

Art.16 : Schädliche Tiere und Pflanzen

(2) Zur Verhütung von Gefahren für das Eigentum und zum Schutze der öffentlichen Reinlichkeit können die Gemeinden Verordnungen über die Bekämpfung verwilderter Tauben erlassen.

Art.18 : Halten von Hunden

(1) Zur Verhütung von Gefahren für die Gesundheit, das Eigentum oder die öffentliche Reinlichkeit können die Gemeinden Verordnungen über das freie Umherlaufen von Hunden in öffentlichen Anlagen erlassen; sie können ferner durch Verordnung vorschreiben, daß auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen frei umherlaufende Hunde größerer Gattung einen Maulkorb tragen müssen.

+ Hervorhebung vom Verfasser

Art.19 : Veranstaltungen von Vergnügungen

(1) Wer eine öffentliche Vergnügung veranstalten will, hat das der Gemeinde unter Angabe der Art, des Orts und der Zeit der Veranstaltung und der Zahl der zuzulassenden Teilnehmer spätestens eine Woche vorher schriftlich anzuzeigen. Für regelmäßig wiederkehrende, gleichartige öffentliche Vergnügungen genügt eine einmalige Anzeige.

(4) Die Erlaubnis nach Absatz 3 ist mit Auflagen zu verbinden, wenn das zur Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit oder Sachgüter oder zum Schutz vor erheblichen Nachteilen, oder erheblichen Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft oder vor erheblichen Beeinträchtigungen der Natur oder Landschaft erforderlich erscheint. Reichen Auflagen nicht aus oder stehen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegen, so ist die Erlaubnis zu versagen. Die Erlaubnis ist zurückzunehmen, wenn nachträglich bekannt wird, daß Versagungsgründe bei der Erteilung vorlagen. Sie ist zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung gerechtfertigt hätten.

Art.25 : Zelten, Aufstellen von Wohnwagen

(1) Zur Sicherung der Erholung in der freien Natur, zum Schutz der Natur und Landschaft,⁺ zur Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit, Sittlichkeit, Eigentum oder Besitz, zum Schutz der Jagdausübung sowie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe können die Gemeinden, Landkreise und das Staatsministerium des Innern durch Verordnungen das Verhalten beim Zelten sowie den Betrieb und die Benutzung von Zeltlagerplätzen regeln. Die Gemeinden und Landkreise können in der Verordnung die Errichtung von Zeltlagerplätzen auf bestimmte Grundstücke beschränken.

+ Hervorhebung vom Verfasser

Art.28 : Öffentliche Anschläge

(1) Zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes⁺ oder eines Natur-, Kunst- oder Kulturdenkmals können die Gemeinden durch Verordnung Anschläge, insbesondere Plakate und Darstellungen durch Bildwerfer in der Öffentlichkeit auf bestimmte Flächen beschränken. Das gilt nicht für Werbeanlagen im Sinne des Art.12 der Bayerischen Bauordnung.

Art.29 : Fliegende Verkaufsanlagen

(1) Zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes, eines Natur-, Kunst- oder Kulturdenkmals sowie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Reinlichkeit können die Gemeinden durch Verordnung oder Anordnung für den Einzelfall das Aufstellen fliegender Verkaufsanlagen an bestimmten Orten außerhalb der öffentlichen Wege, Straßen und Plätze verbieten oder davon abhängig machen, daß Störungen durch geeignete Vorkehrungen verhütet werden. Fliegende Verkaufsanlagen sind vorübergehend aufgestellte, dem Vertrieb von Waren dienende Stände oder ähnliche Verkaufsstellen. Art.102 der Bayerischen Bauordnung bleibt unberührt.

+ Hervorhebung vom Verfasser

Anhang V

Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler -Denkmal-
schutzgesetz, DSchG- (Auszug)+

vom 25. Juni 1973

Art. 7 : Ausgraben von Bodendenkmälern

(1) Wer auf einem Grundstück nach Bodendenkmälern graben oder zu einem anderen Zweck Erdarbeiten auf einem Grundstück vornehmen will, obwohl er weiß oder vermutet oder den Umständen nach annehmen muß, daß sich dort Bodendenkmäler befinden, bedarf der Erlaubnis. Die Erlaubnis kann versagt oder unter Auflagen und Bedingungen erteilt werden, soweit dies zum Schutz eines Bodendenkmals erforderlich ist.

(2) Die Bezirke können durch Verordnungen bestimmte Grundstücke, in oder auf denen Bodendenkmäler zu vermuten sind, zu Grabungsschutzgebieten erklären. In einem Grabungsschutzgebiet bedürfen alle Arbeiten, die Bodendenkmäler gefährden können, der Erlaubnis. Grabungsschutzgebiete sind im Flächennutzungsplan kenntlich zu machen.

(3) Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 gelten nicht für Grabungen, die vom Landesamt für Denkmalpflege oder unter seiner Mitwirkung vorgenommen oder veranlaßt werden.

(4) Wer in der Nähe von Bodendenkmälern, die ganz oder zum Teil über der Erdoberfläche erkennbar sind, Anlagen errichten, verändern oder beseitigen will, bedarf der Erlaubnis. Art. 6 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und 4 gilt entsprechend.

(5) Soll eine Grabung auf einem fremden Grundstück erfolgen, so kann der Eigentümer verpflichtet werden,

+ Die Wiedergabe beschränkt sich im wesentlichen auf die in der Arbeit angesprochenen Bestimmungen.

die Grabung zuzulassen, wenn das Landesamt für Denkmalpflege festgestellt hat, daß ein besonderes öffentliches Interesse an der Grabung besteht. Der Inhaber der Grabungsgenehmigung hat den dem Eigentümer entstehenden Schaden zu ersetzen.

Art.8 : Auffinden von Bodendenkmälern

(1) Wer Bodendenkmäler auffindet, ist verpflichtet, dies unverzüglich der Unteren Denkmalschutzbehörde, in deren Bereich der Fundort gelegen ist, oder dem Landesamt für Denkmalpflege anzuzeigen. Zur Anzeige verpflichtet sind auch der Eigentümer und der Besitzer des Grundstücks sowie der Unternehmer und der Leiter der Arbeiten, die zu dem Fund geführt haben. Die Anzeige eines der Verpflichteten befreit die übrigen. Nimmt der Finder an den Arbeiten, die zu dem Fund geführt haben, aufgrund eines Arbeitsverhältnisses teil, so wird er durch Anzeige an den Unternehmer oder den Leiter der Arbeiten befreit.

(2) Die aufgefundenen Gegenstände und der Fundort sind bis zum Ablauf von einer Woche nach der Anzeige unverändert zu belassen, wenn nicht die Untere Denkmalschutzbehörde die Gegenstände vorher freigibt oder die Fortsetzung der Arbeiten gestattet.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht bei Arbeiten, die vom Landesamt für Denkmalpflege oder unter seiner Mitwirkung vorgenommen oder veranlaßt werden.

(4) Eigentümer, dinglich Verfügungsberechtigte und unmittelbare Besitzer eines Grundstücks, auf dem Bodendenkmäler gefunden werden, können verpflichtet werden, die notwendigen Maßnahmen zur sachgemäßen Bergung des Fundgegenstandes sowie zur Klärung der Fundumstände und zur Sicherung weiterer auf dem Grundstück vorhandener Bodendenkmäler zu dulden.

(5) Aufgefundene Gegenstände sind dem Landesamt für Denkmalpflege oder einer Denkmalschutzbehörde unverzüglich zur Aufbewahrung zu übergeben, wenn die Gefahr ihres Abhandenkommens besteht.

Anhang VI

Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes

(Auszug)* Stand: 20. April 1974

§ 1 : Aufgaben der Polizei

- (1) Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Sie ist dabei für die Maßnahmen zuständig, die unaufschiebbar notwendig erscheinen. Die Polizei hat die zuständige Behörde unverzüglich von allen Ereignissen zu unterrichten, die deren Eingreifen erfordern.
- (2) Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei nach diesem Gesetz nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.
- (3) Die Polizei leistet anderen Behörden durch Anwendung unmittelbaren Zwangs Vollzugshilfe (§§ 25 bis 27).
- (4) Die Polizei hat ferner die Aufgaben zu erfüllen, die ihr durch andere Rechtsvorschriften übertragen sind. Sie hat insbesondere Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen.

§ 2 : Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

§ 3 : Ermessen, Wahl der Mittel

§ 4 : Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen

§ 5 : Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen

§ 6 : Unmittelbare Ausführung einer Maßnahme

§ 7 : Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen

§ 8 : Einschränkung von Grundrechten

* Die Wiedergabe beschränkt sich im wesentlichen auf die in der Arbeit angesprochenen Bestimmungen. Teilweise werden auch nur die Überschriften der Paragraphen wiedergegeben, soweit aus ihnen bereits der Inhalt der Bestimmung deutlich wird und es allein auf diesen, nicht aber auf den gesamten Vorlaut ankommt.

§ 9 : Allgemeine Befugnisse

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 10 bis 24 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

(2) Zur Erfüllung der Aufgaben, die der Polizei durch andere Rechtsvorschriften zugewiesen sind (§ 1 Absatz 4), hat sie die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Rechtsvorschriften Befugnisse der Polizei nicht regeln, hat sie die Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen.

§ 10 : Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen

§ 11 : Erkennungsdienstliche Maßnahmen

§ 12 : Vorladung

§ 13 : Gewahrsam

§ 14 : Richterliche Entscheidung

§ 15 : Behandlung festgehaltener Personen

§ 16 : Dauer der Freiheitsentziehung

§ 17 : Durchsuchung von Personen

§ 18 : Durchsuchung von Sachen

§ 19 : Betreten und Durchsuchung von Wohnungen

§ 20 : Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen

§ 21 : Sicherstellung

§ 22 : Verwahrung

§ 23 : Verwertung, Vernichtung

§ 24 : Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses,
Kosten

§ 25 : Begriff und Voraussetzungen der Vollzugshilfe

§ 26 : Verfahren

- § 27 : Freiheitsentziehung
- § 28 : Zulässigkeit des Verwaltungszwanges
- § 29 : Zwangsmittel
- § 30 : Ersatzvornahme
- § 31 : Zwangsgeld
- § 32 : Ersatzzwangshaft
- § 33 : Unmittelbarer Zwang
- § 34 : Androhung der Zwangsmittel
- § 35 : Rechtliche Grundlagen
- § 36 : Begriffsbestimmungen
- § 37 : Handeln auf Anordnung
- § 38 : Hilfeleistung für Verletzte
- § 39 : Androhung
- § 40 : Fesselung von Personen
- § 41 : Allgemeine Vorschriften für den Schußwaffengebrauch
- § 42 : Schußwaffengebrauch gegen Personen
- § 43 : Schußwaffengebrauch gegen eine Menschenmenge
- § 44 : Besondere Waffen, Sprengmittel
- § 45 : Zum Schadensausgleich verpflichtende Tatbestände
- § 46 : Inhalt, Art und Umfang des Schadensausgleichs
- § 47 : Ansprüche mittelbar Geschädigter
- § 48 : Verjährung des Ausgleichsanspruchs
- § 49 : Ausgleichspflichtiger, Erstattungsansprüche
- § 50 : Rückgriff gegen den Verantwortlichen
- § 51 : Rechtsweg
- § 52 : Amtshandlungen von Polizeibeamten anderer Länder
und des Bundes

Lebenslauf

Am 24.7.1944 wurde ich als Sohn des Reinhold Schulze und dessen Ehefrau Margarete Gerda, geborene Scholz, in Görlitz/Schlesien geboren.

Nach der Flucht in die Bundesrepublik (30.4.1957) zogen wir nach Bad Bramstedt (Schleswig-Holstein).

Dort legte ich am 27.2.1964 an der Jürgen-Fuhlendorf-Schule die Reifeprüfung ab.

Vom 1.4.1964 bis 31.3.1966 diente ich als Soldat in der Bundeswehr, die ich als Leutnant d.k. verließ.

Im WS 1966/67 begann ich in Kiel das Studium der Rechtswissenschaften, das ich am 30.4.1971 mit der 1. juristischen Staatsprüfung (Schleswig) abschloß.

Am 1. Juni 1971 begann ich als Rechtsreferendar meinen Vorbereitungsdienst, den ich am 15. Oktober 1974 mit der Ablegung der 2. juristischen Staatsprüfung (München) beendete.

Seit dem 1.8.1972 bin ich als wissenschaftlicher Assistent an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg tätig.

Copie - Center 2000

852 ERLANGEN • Obere Karlstr. 30